

2011

LA CULPA EN EL LAVADO DE ACTIVOS, UNA EXTRAPOLACION NO VIABLE

Teniendo en cuenta el riesgo legal que representa para la industria financiera, la posibilidad de que desde la perspectiva penal los legisladores incluyan la modalidad culposa del delito de lavado de activos, con expresiones como “debiendo saber o debiendo conocer” y en donde cualquier persona hoy en día, que enfrenta estos riesgos y los administra, se presume “debe saber o debe conocer” se vería fácilmente expuesto a responder penalmente, por el solo hecho de presentarse un caso de lavado, en donde lo que importaría es el resultado, más no la gestión adelantada. Por lo anterior se realizó un estudio sobre el tema y sus consecuencias, generándose un documento con argumentos jurídicos, a través de los cuales se precisa porque razón no es viable la modalidad culposa del lavado de activos, y el cual por naturaleza es únicamente doloso, persiguiéndose penalmente a aquellos que actúan con conocimiento y voluntad.

LUIS BERNARDO QUEVEDO QUINTERO
Colaboradores: LUIS FERNANDO MERCHAN GUTIERREZ
COPLAFT





INTRODUCCION

La necesidad de acudir al Derecho Penal¹, para neutralizar el lavado de activos, nace dentro de una visión de política criminal de perseguir las Organizaciones Criminales y el producto de sus ilícitos, quienes con toda la intención y voluntad buscan lavar el producto de su empresa criminal.

En este sentido aparece el Derecho Penal² como la ultima ratio en defensa de la sociedad, buscando anular las actividades Criminales que afectan a la Sociedad.

El Derecho Penal, es un instrumento que de manera eficaz viene persiguiendo esta actividad dentro de la concepción más pura, esto es, bajo el principio básico y fundamental, de que quien realiza este comportamiento delictual lo hace conociendo que su conducta no está permitida socialmente y aún así la ejecuta. Esto es lo que se conoce como comportamiento doloso, donde quien lava activos conoce que aquello es un delito y aún continúa con su comportamiento.

Ahora bien, consideramos un equívoco tratar de extrapolar la figura de la CULPA, figura que tiene dentro de la ciencia del derecho unas características muy particulares que la hacen de aplicación restrictiva.

Lo anterior es tan cierto como que, los Estados de las Naciones Unidas, al momento de tipificar el delito de Lavado de Activos, complejo de por sí, nace bajo una concepción de que este delito solo admite la modalidad DOLOSA, persiguiendo a las personas que pretendan dar apariencia de legalidad a unos activos, que **conocen o saben** son producto de otros comportamientos ilícitos, como por ejemplo el narcotráfico, la corrupción, la trata de personas, entre otros (delitos fuente) y que con este conocimiento y aun así quieren su cometido.

Así las cosas, y no obstante que desde el punto de vista Jurídico Penal no se pueda implementar la modalidad culposa, los Estados han encontrado en el derecho otra serie de herramientas más útiles y eficaces, íntimamente ligadas con el derecho administrativo.

¹ En 1986 en el “Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, la Comisión de Estupefacientes de la ONU propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un delito autónomo.

² El jus puniendi se origina en la cesión de una parte de la libertad del individuo para gozar del resto (Marques de Beccaria -Del Delicti e Delle Pene-)



CONCEPCION JURIDICA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El lavado de dinero fue advertido por primera vez en los Estados Unidos de Norte América a mediados de los años '70, como consecuencia del problema que empezaron a enfrentar por el Narcotráfico. Este fenómeno se percibe en razón a que dentro del Narcotráfico, y en especial en su comercialización, el producto de las ventas de las drogas callejeras, que era en efectivo, terminaba siendo depositado en los bancos, sin existir ningún control previo sobre estos depósitos. Estos fondos se introducían fácilmente al circuito formal, y no había ningún otro rastro de papel en la institución bancaria, excepto el registro de la cuenta bancaria, si el dinero era depositado. En aquella oportunidad los bancos no tenían la obligación de reportar las transacciones de grandes cantidades de dinero en efectivo.

Es así que el lavado de dólares nace y es fruto de la lucha inicial contra el tráfico de las drogas, actividad que para sus autores generaba grandes retribuciones económicas. Cuando se vendía la droga al consumidor, este pagaba con los dólares de una baja denominación (El dinero entregado por la venta de la droga usualmente eran billetes menores de 5, 10 y 20 dólares). El producto de las innumerables ventas de droga, esto es, los dólares, ya decíamos era en efectivo, que se acumulaba y existiendo la necesidad de introducir este dinero al sistema económico.

Estos dólares por lo general le pertenecían a consumidores, quienes entregaban un dinero sucio, un dinero con arrugas, trajinado y quizás lleno de residuos de la droga que consumían. Cuando el dinero ingresaba a un banco en EEUU, este era retirado a través de un cheque o algún otro instrumento monetario, y en ese momento, se decía, se limpiaban los dólares, salía limpio, de ahí el termino de lavado de dólares.

Ante esta situación el Congreso de los Estados Unidos de America aprobó en el año de 1970 la Ley de Secreto Bancario (Banking Secrecy Act, BSA, por sus siglas en inglés). Con la aprobación de la ley BSA se introdujo el Informe de Transacción en Efectivo (Currency Transaction Report, CTR); el Informe de Transportación Internacional de Efectivo e Instrumentos Monetarios (Report of International Transportation of Currency or Monetary Instruments, CMIR); y el Informe de Cuentas Bancarias y Financieras Extranjeras. (Report of Foreign Bank and Financial Accounts, FBAR), en donde los Bancos adquieren el deber de identificar a las personas que realizaran operaciones en efectivo superior a los diez mil dólares entre otros, buscando identificar a los dueños del dinero, y por ende a quien cometió el trafico de drogas.

Con el fin de evadir este control, los traficantes de drogas, propietarios de estos dólares empezaron a buscar llevar el dinero en efectivo a lugares vecindarios como a México y las Islas del Caribe, en donde se depositaban los recursos y después regresaban a los EEUU a través de transferencias desde estos países.



Por esta circunstancia en EEUU nace el delito de LAVADO DE ACTIVOS en el año de 1986, en donde por primera vez a nivel mundial se busca perseguir este delito, y es desde allí nace la necesidad de extenderlo a los demás países por tratarse de un fenómeno que no tenía fronteras, dando lugar a la convención de 1988 de las Naciones Unidas, donde nace la convención de Viena “Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”.

Así se crea el término “lavado de dinero” el cual se refiere a las actividades y transacciones financieras que son realizadas con el fin de esconder el origen verdadero de fondos recibidos. En la mayoría de los casos, dicho dinero es ganado de manera ilegal y la meta es darle a ese dinero ilegal la apariencia de que proviene de una fuente legítima.

Igualmente surge la necesidad de perseguir y evaluar crímenes que están relacionados o motivados por el dinero, dentro de los cuales está el narcotráfico y lógicamente **el lavado de dinero, que nace como un delito complejo**, el cual conlleva un sinnúmero de detalles al interior de su definición legal, por ejemplo, varias conductas reprochables, delito que conlleva usualmente varias transacciones y negocios financieros a través de todo el mundo, razón por la que repetimos, surge la necesidad de investigar este delito a través del rastreo del dinero.

GENESIS DOLOSA DEL LAVADO DE ACTIVOS

Dentro de la figura del lavado de activos, concebida como una actividad criminal, encontramos que dada la complejidad del mismo delito, ha tenido una concepción básica, a partir de la cual se ha señalado que quien ejecuta la misma lo hace **A SABIENDAS**, es decir, con INTENCIÓN, con DOLO, veamos la ley de los Estados Unidos de America, en la sección 1956:

LA LEY SOBRE EL CONTROL DE LAVADO DE DINERO DE 1986

Título 18, Código de los Estados Unidos, Capítulo 95 Crimen Organizado, Secciones 1956 y 1957. Estos estatutos hacen ilegal el realizar ciertas transacciones financieras con ganancias generadas a través de actividades ilegales tales como el narcotráfico, fraude en Medicare y desfalco, entre otros.

Sección 1956 - Lavado de instrumentos monetarios

*(a) (1) Quien sea que, **a sabiendas** que la propiedad involucrada en una transacción financiera representa los ingresos de alguna forma de actividad criminal, ejecuta o intenta ejecutar tal transacción financiera que de hecho involucra los ingresos de una actividad criminal especificada -*

(A) (i) Con el intento de promover la ejecución de una actividad criminal especificada; o

(ii) Con intento de involucrarse en conducta que constituya violación de Sección 7201 o 7206 del Código de Ingresos Propios (Internal Revenue Code) de 1986; o

(B) **Conociendo** que la transacción está diseñada, parcial o totalmente -

- (i) Para esconder o enmascarar la naturaleza, la ubicación, la procedencia, la propiedad o el control de los ingresos de una actividad criminal especificada; o
- (ii) Para evitar los requerimientos de reporte bajo leyes federales o estatales,

será sentenciado a multa de no más de \$500,000 o al duplo del valor de la propiedad involucrada en la transacción, cual fuere mayor, o prisión por no más de 20 años, o ambos.

(2) Quien sea que transporte, transmita o transfiera, o atente transportar, transmitir o transferir un instrumento monetario o fondos desde un lugar en los Estados Unidos a, o a través de, un lugar fuera de los Estados Unidos; o a un lugar dentro de los Estados Unidos desde, o a través de, un lugar fuera de los Estados Unidos –

(A) Con el intento de promover la ejecución de una actividad criminal especificada; o

(B) **A sabiendas**³ que el instrumento monetario, o los fondos involucrados en la transportación, transmisión o transferencia representan ingresos de alguna forma de actividad criminal **y a sabiendas** que tal transportación, transmisión o transferencia está diseñada, total o parcialmente -

- (i) A esconder o enmascarar la naturaleza, la ubicación, la procedencia, la propiedad o el control de los ingresos de una actividad criminal especificada; o
- (ii) Para evadir los requerimientos de reporte bajo leyes federales o estatales,

Será sentenciado a una multa de \$500,000 o al duplo del valor del instrumento monetario o fondos involucrados en la transportación, transmisión o transferencia, cual fuere mayor, o prisión por no más de 20 años, o ambos. Para propósito de la ofensa descrita en el sub-párrafo (B), el conocimiento del acusado puede ser establecido por prueba de que un oficial de policía represento el asunto especificado en el sub-párrafo (B) como verdadero, y que las acciones y declaraciones subsecuentes del acusado indican que el acusado creyó esa representación como verdadera.

Como lo señalamos, ante la iniciativa de los Estados Unidos de criminalizar el lavado de activos, rápidamente en Viena el 20 de diciembre de 1988, las Naciones Unidas a través de la Convención de Viena se crea la necesidad de criminalizar el lavado de activos por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

³ En la misma ley se explica cómo se debe entender el término “A SABIENDAS” expresando que es cuando la persona **supo** que la propiedad involucrada en la transacción representaba ingresos de alguna forma de actividad **que constituye un crimen** bajo leyes Estatales, Federales o Extranjeras, pero sin saber necesariamente cual forma.

El 20 de diciembre de 1988 se aprobó en Viena la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ante la profunda preocupación por la magnitud y tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, situación que se veía como una grave amenaza para la salud de los seres humanos, de las economías y en general de la sociedad.

En esta convención se reconoce que el tráfico ilícito de narcóticos genera grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.

Es así que con el fin de romper, entre otros, con el principal incentivo de aquella actividad ilícita, se buscó **robustecer e intensificar los medios jurídicos en asuntos penales** para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito, en donde las Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias en el orden legislativo y administrativo, dentro de las cuales se encuentra la necesidad de tipificar como delito penal, cuando se cometa **intencionalmente**⁴:

“...b)

*i) la conversión o la 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 delito o 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;*

*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;”.*

A través de esta Convención los Estados de las Naciones se comprometen a adoptar las medidas necesarias en el orden legislativo y administrativo interno, dentro del cual aparece el derecho penal como un instrumento jurídico para combatir aquellas organizaciones

⁴ Observemos cómo el término “a sabiendas” que utilizaron en la Convención de las Naciones Unidas de 1988 es el mismo utilizado por el Congreso de los Estados Unidos de América en 1986 cuando criminalizaron por primera vez el lavado de activos, aquí igualmente se señala que el conocimiento, la intención o la finalidad, son requeridos dentro de este delito.

delictivas. El derecho penal es uno de los mecanismos más fuertes⁵ que los Estados tiene para buscar la convivencia social frente la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos.

EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO JURÍDICO

El derecho penal es un instrumento que busca la protección de bienes jurídicos, pero no de todos los bienes jurídicos sino únicamente de aquellos que resultan fundamentales para la convivencia social, y no de cualquier ataque que los vulnere o ponga en peligro, sino de los ataques más graves, pues los bienes jurídicos que no son fundamentales pueden protegerse a través de otros mecanismos jurídicos o extrajurídicos, en cumplimiento del principio de **SUBSIDIARIEDAD** del derecho penal.

El derecho penal no protege de todas las violaciones o puestas en peligros a los bienes jurídicos, como lo señalábamos, sino de los más graves e intolerables socialmente, de ahí la razón por la cual desde el año de 1986 el delito de lavado de activos se viene sancionando el ataque intencional de estas organizaciones criminales.

Además de los ataques graves que considera el derecho penal, también se busca que exista una gravedad en la puesta en peligro o lesión del bien jurídicamente tutelado, en aplicación del principio de **FRAGMENTARIEDAD**.

En los casos precitados es cuando el derecho penal como **ULTIMA RATIO**⁶ se toma como un mecanismo jurídico, así se evidencia dentro de las recomendaciones de tipicidad de la Convención de Viena, cuando se estructura una sanción penal para un comportamiento intencional, pues la medida de la culpabilidad del actor en su conducta, marca el campo de acción, así un acto intencional es más reprobable que un acto de negligencia, los motivos

⁵ El Principio de Subsidiariedad del derecho penal se explica por los altos niveles de violencia implícitos en el poder punitivo, implicando la injerencia más agresiva del Estado en los derechos de los ciudadanos, de tal forma que su intervención debe ser la más limitada y solo se debe usar en caso de extrema necesidad.

⁶ Última ratio es una expresión latina que se traduce literalmente por «última razón», así se considera que el derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos. Nils Jareborg, Profesor de Derecho Penal y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Uppsala, señala que la penalización se debe hacer bajo el principio de la última ratio, el cual está vinculado con el principio de subsidiariedad del derecho penal y el carácter fragmentario de la legislación penal.

detrás de la conducta también hacen una diferencia a la hora de criminalizar un comportamiento.

Al lado del principio de ULTIMA RATIO⁷, se encuentra el principio de **NECESIDAD**, a través del cual se evalúa si una medida concreta es necesaria y si no existe otra medida menos invasiva o costosa. Para justificar un caso de criminalización se debe observar si la medida realmente supone una protección adecuada de los valores superiores de una sociedad y si no se puede lograr de otra manera, es decir a través de otras formas de legislación, como el **derecho administrativo sancionatorio**⁸.

En este sentido debe ser claro que uno de los principios más importante del poder punitivo del Estado, es el de ultima ratio, del cual se infiere la necesidad de la intervención del Derecho penal, **señalando que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad acude para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas.**

MECANISMOS DE CONTROL FORMAL ALTERNOS AL DERECHO PENAL

El derecho penal se constituye en la última razón a la cual los Estados deben acudir con el fin de penalizar comportamientos que atentan gravemente contra intereses tutelados⁹, y

⁷ Dentro de las ideas fundamentales del “proyecto alternativo de persecución penal europea”, se menciona que la tarea básica del derecho penal consiste en ser la Ultima Ratio en el ámbito de protección de bienes jurídicos en la sociedad humana. (Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” No. 31 Editado por Bernd Shuneman, traducido por Luis Carlos Rey Sanfiz, Editorial DYKINSON 2007, PAG. 13.)

⁸ Alvaro Pires Criminólogo, docente e investigador de la Universidad de Ottawa, Canadá, sobre el particular ha mencionado que *“...tenemos que tener medios distintos para problemas que son complejos, y que son muchas veces más complejos que los del derecho civil. Si Ud. tiene un problema de actos de violencia extrema –por ej. actos terroristas, bombas, asesinos en serie, algunos casos de homicidio, etc- bueno, son problemas específicos que en algunos casos pueden exigir la autorización de punir, al menos de neutralizar temporariamente a esta persona. Estas teorías tradicionales como la neutralización, no desaparecerían completamente, pueden desaparecer como teorías mayores, pero pueden aplicarse para pequeños casos particulares. Pero no van a evaporarse, sino no van a ser más un estatuto hegemónico que impide ser al derecho penal un derecho más rico y más complejo, apto para tratar problemas complejos...”* de esta forma se plantea la necesidad de limitar los diferentes instrumentos dependiendo de la finalidad que se busque, si existen otras alternativas y son más efectivas, me veo en la obligación de adoptarlas.

⁹ Santos Alfonso Silva, dentro de su libro Control Social, Neoliberalismo y Derecho Penal, Fondo Editorial, pag. 284 señala que *“...El estudio del derecho penal de un país no puede ser concebido de una manera abstracta, subjetiva, en los laboratorios de los académicos alejados de la realidad social, del estudio del*

este llega siempre y cuando no exista otro control social formal¹⁰, en tal sentido veamos cuales son los mecanismos alternos al derecho penal que hacen parte del control social formal¹¹.

Estos mecanismos alternos son el fruto de una evolución sociocultural, que permitió la elaboración de unas formas jurídicas mediante las cuales se fue organizando la familia, la transmisión hereditaria, del nombre y el estado de las personas, la propiedad privada a través del derecho civil, por otro lado el comercio, la circulación de bienes, a través del derecho comercial, respecto del trabajo del hombre a través del derecho laboral, todos estos dentro del contexto del derecho privado, por otro lado la relación de las personas con Estado nacional a través del derecho administrativo¹² entre otros, dentro del cual se encuentra **la potestad sancionadora de la Administración**, donde la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico.

poder, de la política, la economía, la historia. Si fuera así correríamos el peligro de ser teóricos asépticos y constructores de doctrinas que no responden a la cotidianidad del fenómeno criminal...”

¹⁰ En el libro Control social y derecho penal, de Ramón De La Cruz Ochoa, señala que el control social puede ser formal o informal. El control social condiciona al individuo, disciplinándolo a través de un largo y sutil proceso que comienza en los núcleos primarios: la familia, la escuela, la profesión y la instancia laboral, y culmina con la obtención de su conformismo, la veneración a la ley y la obediencia. Este autor señala que los medios más importantes de este control son las creencias e ideologías sociales, la religión, el arte, la propaganda y la educación formal o informal. Agrega que las instancias de control social informal son eficaces cuando convierten al individuo en un sujeto adaptado que acepta lo que la sociedad le impone, de tal forma que raramente presentará una actuación que quebrante las reglas establecidas. Indica que generalmente estos medios informales son más fuertes cuando hay mayor cohesión social y se logra la motivación voluntaria de los individuos mediante la indoctrinación y socialización, lo cual hace que se logre el consenso. Concluye que cuando fallan las instancias informales entra en funcionamiento **el conjunto de instancias formales del control que reproducen las mismas exigencias de poder pero de modo coercitivo, y aquí es donde** entre otros está el derecho penal.

¹¹ El Estado ejerce un control de la sociedad, principalmente a través del Derecho como instrumento regulador por excelencia.

¹² De acuerdo a lo señalado por el Dr. Tomas Cano Campos, el Derecho Administrativo suele ser definido como un Derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos, dentro de los cuales se encuentra la potestad sancionadora de la Administración.

Derecho Administrativo Sancionatorio

El Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público, y se encarga de regular la actividad administrativa estatal, dentro del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y de algunos entes no estatales pero que ejercen funciones públicas.

Dentro del derecho administrativo se encuentra, el derecho Sancionador el cual busca mantener el orden del sistema y reprimir por medios coactivos, aquellas conductas contrarias a las políticas del ente estatal. Este poder se define como aquel en virtud del cual “pueden imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso”¹³.

La Doctrina ha señalado que el Derecho Administrativo Sancionatorio se encarga del estudio y control de las relaciones entre la administración pública con sus funcionarios y las personas que en eventos específicos ejercitan funciones públicas (es una manifestación de poder jurídico para la regulación de la vida en sociedad y para que la administración pueda cumplir adecuadamente sus funciones y realizar sus fines¹⁴).

Dentro de esta función sancionatoria se encuentra la potestad de regular el comportamiento de los particulares entre sí y para con el Estado, con el fin de salvaguardar el orden público, el orden económico y el orden social.

Cuando hablamos de salvaguardar el orden económico, nos referimos igualmente a la regulación de las actividades financieras, esto en el entendido que existe una intervención del Estado en la economía, respetando la propiedad privada pero en busca del bien común.

La mayoría de los Estados han calificado la actividad financiera como una función de interés público, de tal forma que es el Estado quien autoriza a los particulares para que puedan desarrollar esta labor. Igualmente desde la norma constitucional se les ha entregado a los Presidentes como máxima autoridad administrativa la potestad de ejercer la inspección, vigilancia y control, sujetándose a la ley, sobre las personas que realicen actividades financieras, potestad que por lo general es ejecutada a través de las Superintendencias Bancarias o Financieras¹⁵.

Hoy en día esta potestad sancionatoria se ejerce a través del ejercicio de la inspección, vigilancia y control que desarrollan las Superintendencias Bancarias o Financieras, quienes al

¹³ HECTOR ESCOLA Compendio de Derecho Administrativo. Editorial Desalma. pag. 207

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-530 de 2003 ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁵ En Colombia desde el año de 1923 a través de la ley 45 se creó la Superintendencia Bancaria de Colombia.

encontrar un incumplimiento en la ejecución de las normas que regulan la actividad financiera, están en la obligación de sancionar a los responsables del incumplimiento.

Ahora bien, dentro de la intervención que ejerce el Estado sobre el orden económico debemos señalar que existe una serie de normas que exigen que los asociados, las personas que ejercen la actividad financiera autorizada por el Estado, se comporten bajo unos parámetros con miras a obtener un beneficio social, por tratarse de un interés público.

Dentro de estas normas que el Estado expide para regular algunos aspectos de la actividad financiera, desde el año de 1992¹⁶ el 20 de noviembre, a través del Decreto 1872 el Gobierno Nacional de Colombia obligó a las Instituciones sometidas al Control y Vigilancia de la entonces Superintendencia Bancaria hoy Financiera, para que adoptaran medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones fuesen utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

Las normas de este Decreto fueron recogidas con posterioridad en el ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO (Decreto 663 de 1993) en el capítulo XVI “Prevención de actividades delictuales”¹⁷ en los artículos 102 a 107.

Es así como vemos un ejemplo de normas que a nivel administrativo imponen una serie de obligaciones cuya inobservancia implican una reacción por parte del Estado a través del Supervisor, quien tiene la carga de vigilar y controlar el cumplimiento de dicha regulación.

Ahora bien, fijémonos como este control social formal, el derecho administrativo sancionatorio, regula en este caso los comportamientos de los vigilados, esto es las

¹⁶ Los Bancos en Colombia por medio de la Asociación Bancaria, el 21 de octubre de 1992, se autorregularon estableciendo normas que buscaban prevenir y detectar los movimientos ilícitos de capitales, pues se reconocía que los Bancos podían ser utilizados sin su conocimiento ni consentimiento como intermediarios financieros de fondos originados en actividades criminales.

¹⁷ El 12 de diciembre de 1988, el Comité de Basilea, entidad constituida por los representantes de los bancos centrales y autoridades de supervisión bancaria de los países en el denominado Grupo de los Diez y con la función primordial de establecer normas de control de las operaciones bancarias, adoptó la Declaración de Principios sobre la prevención en la utilización del sistema bancario para lavar fondos de origen criminal, dentro de la cual es importante destacar la advertencia por la cual se reconocía que “**Los bancos y otras instituciones financieras pueden inadvertidamente servir de intermediarios para la transferencia o depósito de fondos de origen criminal**”. A través de esta declaración se pretendió el establecimiento de unas reglas y procedimientos cuya puesta en práctica debería ser garantizada por los gestores de los bancos a fin de colaborar en la eliminación de las operaciones de lavado.



personas que realizan actividades financieras, quienes están en la obligación de adecuar su comportamiento de acuerdo a la normas que regulan la actividad financiera, dentro de las cuales se encuentra la adopción de controles con el fin de prevenir y controlar el lavado de activos, de tal forma que si se verifica su incumplimiento, es decir, que no se atienden las disposiciones del regulador, el Estado a través del supervisor entra a sancionar esta inatención.

Es así que de esta manera se evidencia que dentro de los sistemas jurídicos existen mecanismos alternos de control social al penal que se encargan de obligar a ciertas personas a llevar a cabo comportamientos que coadyuven en la prevención del lavado de activos.

En caso de que el comportamiento desplegado por los asociados se realice con la intención y pleno conocimiento, de acuerdo a lo expuesto con anterioridad se tratará de un caso que debe ser tratado por el derecho penal, como ultima ratio, pero si por falta de cuidado o negligencia o impericia, debe entrar el derecho administrativo sancionatorio y aplicar la correspondiente sanción.

EL RIESGO DE LAVADO DE ACTIVOS

Dentro de la evolución de la regulación por parte de los Estados, hoy en día los Reguladores, Bancos Centrales o Supervisores han reconocido que el lavado de activos es un riesgo al cual están expuestas las Instituciones Financieras, pero que se trata no de un riesgo típicamente financiero, sino por el contrario y dada su complejidad, de un riesgo que merece especial atención, por medio de unas metodologías de reconocido valor técnico, pero valorándose en su propio contexto.

Es así que el Estado dentro de su poder de intervención de la Economía, y al considerar la actividad financiera como un interés de carácter público, viene estableciendo una supervisión basada en riesgo de las Instituciones Financieras, dentro de las cuales se encuentra el lavado de activos.

Al existir una supervisión del riesgo de lavado de activos, el Estado busca que las personas (jurídicas) que desarrollan actividades financieras lleven a cabo una administración del riesgo de lavado de activos a través de la implementación de un Sistema de Gestión, a través de los cuales se trazan unos mínimos que deben ejecutar las Entidades Financieras.

Cuando estas entidades financieras no cumplen con las disposiciones administrativas que el Estado traza a través de los Supervisores, el Derecho Administrativo Sancionatorio, cobra vida y juega un papel protagónico, que podría terminar al verificarse un incumplimiento objetivo, en una sanción, que puede ir desde una multa institucional o personal, hasta la muerte laboral del funcionario por el cual se da el incumplimiento.

Así veamos como al existir un reconocimiento ontológico del riesgo de lavado de activos, podemos claramente señalar varios reconocimientos:

1. QUE UNA ENTIDAD FINANCIERA ESTA EXPUESTA ENTRE OTROS AL RIESGO DE LAVADO DE ACTIVOS.

Una Institución Financiera al desarrollar una actividad financiera, por el solo hecho de existir se ve expuesta a ser utilizada por las organizaciones criminales que con toda intención (dolo) pretender lavar activos, razón por la cual desde 1988 nació la necesidad de buscar unos mecanismos que contribuyeran a minimizar este riesgo, recordemos como desde la declaración de los principios de Basilea se aceptaba esta exposición involuntaria a la cual estaban los Bancos.

2. QUE RIESGO CERO NO EXISTE.

Dentro de la teoría del riesgo, técnicamente se acepta que riesgo cero no existe, de ahí la razón por la cual debe existir una gestión que permita minimizar la exposición inicial a la cual se enfrentan las Entidades, de ahí que existan términos como Riesgo Inherente o Riesgo Residual.

3. QUE LAS ENTIDADES FINANCIERAS DEBEN ADMINISTRAR EL RIESGO DE LAVADO DE ACTIVOS.

Al aceptar la exposición a la cual se enfrentan las Entidades Financieras por el solo hecho de existir, nace la necesidad de desarrollar un Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos, a través de los cuales se identifican los riesgos, se miden por su impacto y frecuencia, se establecen controles que permitan mitigar el riesgo identificado, para mantenerlo en su exposición mínima, sin esto ser garantía de que el riesgo no se materialice, por que como lo señalábamos, riesgo cero no existe.

4. QUE CUALQUIER DESCUIDO EN LAS ADMINISTRACION DEL RIESGO LA ENTIDAD SE VE EXPUESTA A UN RIESGO LEGAL DE TIPO ADMINISTRATIVO.

Si la gestión que se debe adelantar por parte de las Entidades Financieras, no se lleva a cabo con ocasión de un comportamiento descuidado, negligente o imprudente, posiblemente se vería expuesta a un sanción administrativa, bien porque no realizó la gestión adecuadamente o porque el sistema implementado no cumplió con las disposiciones mínimas del regulador. Si hipotéticamente se materializa el riesgo de lavado de activos por descuido de un empleado bancario o financiero, éste se ve expuesto a una sanción del Regulador, por existir una obligación de diligencia en el desarrollo de la actividad.

5. QUE LAS ENTIDADES FINANCIERAS SE EXPONEN A SER UTILIZADAS POR LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES INVOLUNTARIAMENTE.

Cuando una organización criminal con toda intención pretende lavar activos, puede acudir al Sistema Financiero, pero esto no quiere decir que la Entidad sea coparticipe o cómplice de

aquella actividad delictiva, sino que como lo señalábamos, se convierte en un instrumento útil para los propósitos de estas organizaciones, razón por la cual nace la necesidad de establecer mecanismos, controles, procedimientos, etc.... que permiten a las entidades administrar el riesgo de lavado de activos, minimizando esta exposición.

6. QUE ANTE TAL EXPOSICION DEBEN IMPLEMENTAR UN SISTEMA DE ADMINISTRACION DEL RIESGO DE LAVADO DE ACTIVOS.

Como lo señalábamos, esta exposición implica una determinación por parte de las Entidades Financieras, la implementación de un Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos, por el cual se mitiga la exposición.

LAVADO DE ACTIVOS DOLOSO O CULPOSO

De acuerdo a nuestra exposición inicial debemos señalar que el lavado de activos tiene dos puntos de vista a través de los cuales se puede analizar, uno como conducta que se reprocha penalmente, competencia del derecho penal, y dos como riesgo el cual se mira dentro de la órbita del derecho administrativo sancionatorio.

Cuando hablamos de lavado de activos como comportamiento criminal, nos estamos refiriendo a un comportamiento que se desarrolla con conocimiento y voluntad, con intención, a sabiendas es un comportamiento naturalmente doloso. Si nos referimos al lavado de activos como riesgo, vemos que nace una obligación de gestión, lo que implica que si el comportamiento no se adecua a un mínimo de gestión, o existe un descuido, se ve expuesto a una sanción del derecho administrativo a través del supervisor, que podría implicar desde una multa hasta la muerte laboral.

Ahora bien si pretendiéramos trasladar la responsabilidad administrativa al derecho penal, estaríamos contrariando el principio de ULTIMA RATIO, SUBSIDIARIEDAD, FRAGMENTACION y NECESIDAD del derecho penal, igualmente estaríamos desnaturalizando la actividad reguladora del Estado, la cual se ejerce coactivamente a través de un Banco Central o un Supervisor, y si de alguna forma subsistieran estos dos mecanismos para reprimir un comportamiento culposo, imprudente o negligente, se estaría violentando igualmente el principio del Non bis in ídem (No dos veces por lo mismo)¹⁸. Así vemos que jurídicamente el lavado de activos como comportamiento criminal es relativamente nuevo, que se trata de un comportamiento que por su misma complejidad requirió de un tratamiento globalizado, que la su naturaleza es eminentemente dolosa.

GAFISUD Y SUS RECOMENDACIONES

¹⁸ Este principio está reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), ratificado por España en 1977, a cuyo tenor: "Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".



GAFISUD, Grupo de Acción Financiera de Suramérica, se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de diez países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay, es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur¹⁹.

El objetivo primordial del GAFISUD es combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, y esto lo hace a través de buscar:

- La Mejora **continua de las políticas nacionales** contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.
- La profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.
- Los instrumentos necesarios para una política global completa para combatir estos delitos.
- Perseguir una actuación integradora de todos los aspectos legales, financieros y operativos y de todas las instancias públicas responsables de esas áreas.
- Buscar la tipificación del delito de lavado teniendo como delito subyacente no sólo el de narcotráfico sino otros delitos graves
- La construcción de un sistema de prevención del delito que incorpora obligaciones para el Sistema Financiero de identificación del cliente y comunicación de operaciones sospechosas
- La incorporación en los sistemas legales de las medidas que permitan perseguir eficazmente el delito en las fases de investigación y en el proceso; y el desarrollo de los más avanzados mecanismos de cooperación entre Estados para la investigación y persecución del delito.

Dentro de la labor que realiza GAFISUD como órgano intergubernamental es importante destacar su función integradora, pues se promueve el establecimiento de mecanismos que puedan ser considerados por los países miembros para combatir entre otros el fenómeno delincencial del Lavado de Activos.

De esta manera es fácilmente comprensible que sobre el particular no pueda existir una exigencia de carácter global por fuera de los que ya se ha establecido en la regulación multilateral como lo son las Recomendaciones del GAFI o la Convención de las Naciones

¹⁹ <http://www.gafisud.info/home.htm>

Unidas de 1988 en Viena, Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

En tal sentido, dentro del análisis de las obligaciones que se infieren de las Recomendaciones del GAFI, en efecto en la Convención de Viena no existe obligación expresa de tipificación de conductas negligentes, imprudentes o imperitas relacionadas al lavado de activos

Sobre el tema de la intencionalidad del sujeto activo del delito de lavado de activos, la Convención de Palermo en su artículo 6(1) establece la obligación de los países signatarios en adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando **se cometan intencionalmente**.

Ahora bien, bajo esta órbita, es razonable considerar que en la Región se establezca un estándar en donde los países del GAFISUD cuenten con un mínimo de instrumentos legales que le permitan de modo razonable y coherente combatir y administrar estos delitos. De esta forma es adecuado que dentro de ese principio de integración se forme un mínimo que responda a unos elementos de carácter universal, donde la técnica, la ciencia, la dogmática²⁰ conformen derrotero a través del cual los países que conforman el GAFISUD puedan incluir dentro de su política criminal²¹, y dentro de sus estrategias gubernamentales, que conformarían todo un plan de acción tanto preventivo como represivo.

²⁰ Para poder establecer una coherencia entre lo que se considera como política criminal y la dogmática jurídica, se debe entender que es política criminal, un concepto tratado por algunos autores como Beccaria en su obra De los delitos y de las Penas o por Bentham en Inglaterra o Frank Von Liszt en Alemania.

²¹ La Política Criminal es el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función re-socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas violentas o nocivas las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado.

ALGUNAS REFLEXIONES.

- La estructuración del tipo penal del Lavado de Activos es de naturaleza “doloso” por esencia y ajustándose a la tradición de nuestro sistema penal donde la regla general es que todos los tipos penales son de origen doloso y, por excepción, se crean los tipos culposos. De manera que en el tipo doloso del Lavado de Activos, el dolo se traduce en que el funcionario bancario conozca los hechos, es decir, tenga el conocimiento de que las operaciones o transacciones que está ejecutando se hagan con dineros de procedencia ilegal y, además, voluntariamente omita los controles establecidos para evitar el ingreso o circulación de dichos dineros ilícitos dentro del circuito financiero. Existe un conocer y querer de realización del hecho.
- El delito culposo, por su parte, se caracteriza por la falta de intención o de voluntad en el agente. De manera que el acto se ejecuta por la inobservancia de un deber de cuidado o de normas de conductas. La nota conceptual de la culpa está dada por la imprudencia o la negligencia. Su carácter esencial consiste en la inobservancia de las debidas precauciones. En este sentido se dice que el delito culposo es un delito contra la intención.
- El conocimiento o intención se convierte en un elemento esencial y diferenciador de ambos delitos. Por tanto resultaría incongruente la sanción del lavado de activos culposo o imprudente, pues su ejecución se daría a partir del desconocimiento o aplicación indebida de los reglamentos o normativas existentes en el sector regulado promulgado para prevenir o evitar la infiltración o introducción de dinero o instrumentos financieros de origen ilícito en el sistema financiero o comercial. Es así, que el empleado del sector financiero al aplicar las políticas de “conozca a su cliente” conlleva un conocimiento previo del posible origen de los fondos y tiene consciencia que de no aplicar las medidas correctivas para el caso, dichos fondos pueden entrar al circuito financiero (resultado querido o previsible) y, en consecuencia, está obligado a realizar un juicio de valor sobre la operación o el cliente y definir si existe algún elemento objetivo que lo lleve a la calificación de sospechosa la operación o el comportamiento del cliente que deberá de reportar ante las autoridades competentes. De manera que en todo este actuar hay conciencia o conocimiento sobre el posible origen de los fondos. Lo que significa que este conocimiento del agente es contrario a la naturaleza del delito culposo donde no hay juicio de valor sobre el origen de los fondos sino inobservancia de unas normas o reglamento donde la sola demostración de su incumplimiento agota el tipo penal culposo.

- La mayoría de las legislaciones han sido uniforme en considerar el Lavado de Activos como un ilícito socioeconómico. Esto significa, entonces, que la estructuración del tipo
- se ha hecho sobre la base de los denominados “Tipos de Peligros” en los que se describen conductas que tengan por finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección (la economía). De manera que el peligro se desprende de la potencialidad que la conducta tiene para producir con probabilidad la lesión del bien jurídico y aquí hay en el agente conciencia e intencionalidad, con lo que se excluye la forma culposa o imprudente.
- Sancionar el Lavado de Activo culposo o imprudente podría distorsionar la actividad financiera y, particularmente, la que realizan los intermediarios financieros. Como ya se ha señalado, el lavado de activo culposo o imprudente se daría por la inobservancia del deber de cuidado, por la negligencia en el cumplimiento de reglamentos o normas de conductas. Ello implicaría que cualquiera inobservancia de las regulaciones administrativas existentes para la prevención del Lavado de Activos por parte de algún intermediario financiero daría pie a una investigación criminal y con lo cual tendríamos a un sector más preocupado en verificar los reglamentos administrativos que en hacer negocios produciendo graves perjuicios al sector. Adicionemos a esto, la expansión reglamentaria de la prevención del Lavado de Activos que abarca a otros sectores de la economía y a profesionales, con lo cual se haría más complicada y caótica, desde la perspectiva judicial, el sancionar la culpa en el Lavado de Activos. De aceptarse esta corriente los reguladores en su función de supervisión serían la nueva policía financiera, teniendo el deber que si advierten en una inspección que se ha faltado o incumplido a lo ordenado en los reglamentos existentes tendrían que presentar la denuncia ante las autoridades competentes para que se inicie la respectiva investigación penal con base al principio de “denuncia oficiosa”. Por ello es que con sustento en el principio de intervención mínima del derecho penal debe ser solo sancionado solo los supuestos en que el agente haya actuado con conocimiento e intención (dolo), por ser este comportamiento de mayor gravedad y perjuicio para el bien jurídico protegido, dejando en la esfera administrativa la sanción por negligencia o imprudencia de los reglamento o normas.
- La tendencia de sancionar penalmente el Lavado de Activo culposo o imprudente se fundamenta más en razones de política criminal o razonamientos utilitaristas que en función de protección de bienes jurídicos. El fundamento utilitarista de punir el Lavado de Activos culposo se fundamenta en razones probatorias frente a la dificultad de poder probar (las autoridades judiciales) el conocimiento del origen ilícito de los bienes. De manera que se recurre a la sanción del Lavado de Activos culposo ante la dificultad de poder demostrar con los medios probatorios el delito doloso. Esto significaría que se sancionaría, a la postre, todas las conductas

relacionadas con el Lavado de Activos, pues si no se logra demostrar el dolo se le imputaría la culpa o negligencia al agente y sería sancionado. Con este actuar estaríamos utilizando al Derecho penal sustantivo como un instrumento para solventar los problemas que supone en la práctica lograr demostrar el dolo.

- Con la incriminación del Lavado de Activos culposos, el sector regulado estaría enfrentando la posibilidad de una doble sanción, por un lado la administrativa frente al incumplimiento de las obligaciones reglamentarias establecidas y, también, la sanción penal por el delito. Con ello se estaría en violación de principios constitucionales como el principio de “Cosa Juzgada”, que prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por un mismo hecho.
- Es razonable considerar que en la Región se establezca un estándar en donde los países del GAFISUD cuenten con un mínimo de instrumentos legales que les permitan de modo razonable y coherente combatir y administrar estos delitos. De esta forma es adecuado que dentro de ese principio de integración se forme un mínimo que responda a unos elementos de carácter universal, donde la técnica, la ciencia, la dogmática conformen derrotero a través del cual los países que conforman el GAFISUD puedan incluir dentro de su política criminal.
- En resumen, consideramos que la creación del tipo culposos de Lavado de Activo traería más perjuicios que beneficios, no solo para los sectores regulados sino, también, para las autoridades y, particularmente, para el tráfico comercial de los países.