

OBSERVACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE REFORMA A LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y OMISIÓN DE CONTROL

*Nilson Pinilla Pinilla**

RESUMEN

En este artículo se realiza un breve análisis inicial, en lo relacionado con los delitos de lavado de activos y omisión de control, de las modificaciones y adiciones al Código Penal colombiano propuestas el 20 de julio de 2003 ante el Congreso Nacional, por la Fiscalía General de la Nación (A. L. 03 de 2002).

Palabras clave: lavado de activos, omisión de control.

ABSTRACT

This paper contains some comments about aspects on money laundering and failure to comply with internal money laundering controls, from the changes and additions to the Colombian Criminal Code, propounded on July 20th, 2003, to the Congress, by the Office of the Public Prosecutor (A. L. 03, 2002).

Key words: money laundering, non-compliance with internal money laundering controls.

Fecha de recepción: noviembre 25 de 2003

* Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, de la cual egresó. Especializado en Ciencias Penales y Penitenciarias (Universidad Nacional de Colombia), M. Phil. en Criminología (University of Cambridge).

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN TORNO AL LAVADO DE ACTIVOS Y LA OMISIÓN DE CONTROL
3. PROPUESTAS PARA MODIFICAR LOS ARTÍCULOS 323 Y 325 DEL CÓDIGO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, por el cual fue reformada la Constitución Política de Colombia para procurar la implementación en este país del *sistema acusatorio* en el procesamiento penal, el señor Fiscal General de la Nación presentó al Congreso Nacional, el 20 de julio de 2003, un proyecto de ley estatutaria, por medio de la cual se busca expedir el consiguiente Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, al proyectarse “expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes”, incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, la ley estatutaria de *habeas corpus*, el Código Penitenciario y el Código Penal, se ha utilizado la oportunidad para también presentarle al Congreso un proyecto de “*ley estatutaria, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal*”, que incluye los siguientes textos, entre otros que van más allá del propósito de proponer las normas necesarias para la implantación del nuevo sistema:

“Artículo 33. El artículo 323 del Código Penal quedará así:

Artículo 323. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie, negocie, administre, de apariencia de legalidad o legalice bienes o recursos, o realice operaciones individuales o fraccionadas, cuyo valor o cuantía sea igual o superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conociendo o teniendo la posibilidad de conocer que son producto directo o indirecto de actividades ilícitas, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (20) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará a quien oculte, encubra o disimule la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes o recursos, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes o recursos, se hubiesen realizado total o parcialmente en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior o se introdujeren lícita o ilícitamente mercancías al territorio nacional.

Artículo 34. El artículo 325 del Código Penal quedará así:

Artículo 325. Omisión de control. El empleado o director de una entidad sujeta a vigilancia y control que, con el fin ocultar o encubrir el origen ilícito de recursos o bienes, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control al lavado de activos establecidos por el ordenamiento jurídico, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de doscientos a veinte mil salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si por culpa se incurriere en las conductas previstas en el inciso anterior se impondrá la pena prevista reducida de una tercera parte a la mitad”.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN TORNO AL LAVADO DE ACTIVOS Y LA OMISIÓN DE CONTROL

Según expresa la Fiscalía en la exposición de motivos, las normas dedicadas a reprimir la obtención y manejo de recursos ilegítimos, “han sido materia de intensa actividad legislativa y judicial”; en cuanto al lavado de activos, “la realidad las ha desbordado exigiendo su permanente actualización” y frente a la omisión de control “por la frecuente ocurrencia y crecimiento del fenómeno”.

Esa dinámica y la inestabilidad legislativa hacen conveniente que, para el mejor entendimiento de las modificaciones propuestas, se recuerde cómo ha evolucionado la preceptiva en cuestión.

2.1. Siendo claro que el lavado de activos, como también la omisión de control, el testaferrato y el enriquecimiento ilícito de particulares, son delitos contra la licitud en la procedencia, la adquisición, la titularización y el aprovechamiento de bienes, las conductas cometidas para ocultar, asegurar, adquirir o expender el producto de actividades delictivas, antiguamente podían hallar configuración penal únicamente bajo las previsiones tradicionales de un delito contra la administración de justicia, la receptación (arts. 200 L. 95 de 1936 y 177 D. 100 de 1980), que obviamente se quedó corto, en descripción típica y en punibilidad, para contrarrestar

las renovadas técnicas del desbordado “blanqueo” de activos de procedencia ilícita, crecientemente generados en actividades criminales de ingente rendimiento económico, particularmente el narcotráfico.

2.2. Derivado de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, entre otros países por Colombia, que la aprobó mediante la Ley 67 de 1993 (agosto 23), se adoptó el compromiso de “*tipificar como delitos penales en su derecho interno*” (numeral 1° del artículo 3°) conductas de conversión, transferencia, ocultación, etc., de recursos habidos en tal actividad delictiva.

2.3. El artículo 31 de la Ley 190 de 1995, dispuso modificar el 177 del Código Penal de entonces, quedando como “*receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales*” la conducta del que, fuera de los casos de concurso en el delito y siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor,

“asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera el objeto material o el producto del mismo, o les de a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad, o los legalice”.

Además de preverse aumento en la pena si la cuantía era superior a mil salarios mínimos legales mensuales, adicionalmente se incrementaba de la mitad a las tres cuartas partes (llegando a un máximo de 21 años de prisión), en los siguientes casos:

“1. Si los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986 (—narcotráfico—).

2. Cuando para la realización de la o las conductas se efectúen operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introduzcan mercancías al territorio aduanero nacional o se celebren contratos con personas sujetas a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria o de Valores.

3. Si la persona que realiza la conducta es importador o exportador de bienes o servicios, o es director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario de una entidad sujeta a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria o de Valores, o es accionista o asociado de dicha entidad en una proporción igual o superior al diez por ciento (10%) de su capital pagado o del valor de los aportes cooperativos”.

Por inquietudes similares a las expresadas en el prólogo sobre la segunda edición del libro *Los delitos económicos en la actividad financiera*, del profesor HERNANDO

HERNÁNDEZ QUINTERO¹, entonces a propósito de la utilización indebida de información privilegiada, a la luz de lo determinado en los artículos 158 y 169 de la Constitución también ha preocupado que estas modificaciones, incluidas en el Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995,

“por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad de la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”,

podieran resultar inexecutable, no con la evidencia que impusiere aplicar la excepción de inconstitucionalidad emanada de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 4° de la Carta, particularmente al no haberse incluido en el punto primero de las agravaciones enumeradas, los bienes provenientes de la perpetración de delitos contra la administración pública, que sólo fueron catalogados como potencialmente generadores de lavado de activos por el artículo 323 de la Ley 599 de 2000.

Por otra parte, siempre se aprecia entendible apercibimiento y mayor rigor en la prevención y represión de esta clase de conductas cuando para realizarlas se utiliza el sistema financiero, en cuanto éste puede ser más ventajoso, por resultarle inmanente a su actividad, para facilitar operaciones cuantiosas, transnacionales si fuere lo requerido, con poco o ningún movimiento de numerario, de manera expedita, tecnificada, reservada y protegida.

Así se empezó a observar crecientemente, en diagnósticos, recomendaciones y previsiones de pioneros documentos y disposiciones internacionales² y locales³, como a manera de ejemplo se indica a pie de página.

1 Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pág. 13.

2 Además de la ya citada Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988, destacan, entre otras: *Declaración de Principios del Comité de Basilea*, aprobada el 12 de diciembre de 1988 por el Comité sobre regulación y supervisión bancaria, Grupo de los 10, en Basilea, Suiza.

Resolución de INTERPOL, grupo de trabajo FOPAC, 1° de diciembre de 1989, Lyon, Francia.

Recomendaciones (40), 7 de febrero de 1990, elaboradas por el grupo de acción financiera sobre el blanqueo de capitales.

Convenio de Estrasburgo del 8 de noviembre de 1990 (Convención del Consejo de Europa relativa al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito).

Directiva 308/1991 (junio 10) del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, Organización de Estados Americanos, adoptado en el XXIX Período de Sesiones Ordinarias, Guatemala, 8 de junio de 1999.

3 Decreto 1872 de 1992 (noviembre 20); circular SUPERBANCARIA 075 de 1992 (diciembre 1°); Decreto 663 de 1993 (arts. 102 y sigs.); L. 190 de 1995, arts. 39 y sigs.; circulares SUPERBANCARIA de 1996: 07 (enero 19), 61

De la misma forma, según es igualmente citado en corto muestreo, fueron apareciendo gran cantidad de variados enfoques foráneos⁴ y colombianos⁵, en torno a esa indebida utilización de la tecnología y la eficiencia financiera, hacia protervos fines de aprovechamiento y legalización de caudales delictuosamente obtenidos.

2.4. Entre tanto, en Colombia se había estatuido ya como punible contra el orden económico social, ubicado por el artículo 9° de la Ley 365 de 1997 (febrero 21, “*por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones*”) en el Capítulo Tercero del título vii del libro segundo del anterior Código Penal, el lavado de activos, circunscribiéndolo al realizado sobre bienes que tuviesen

“origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas”,

y que hayan sido declarados “*de origen ilícito*”, con leves modificaciones sobre los verbos rectores, quitándole el carácter residual y subordinado (“*por ese solo hecho*”) y especificando entre las finalidades,

“oculte o encubre la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”.

Aclara que el lavado de activos será punible

(julio 19), 72 (octubre 21), 74 (octubre 28), 75 (octubre 31), 81 (noviembre 13), 84 (noviembre 19); L. 365 de 1997 (arts. 23 y sigs.).

Colombia y su política contra el lavado de dinero, Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras de Colombia, Bogotá, mayo de 1996.

- 4 INTRIAGO, CHARLES A., *Money Laundering Alert*, publicación mensual, Miami, desde octubre de 1989.
FAITH, NICHOLAS, *Safety in numbers*, Hamish Hamilton, London, 1982.
BLUM, RICHARD H., *Offshore haven banks, trusts, and companies*, Praeger, New York, 1984.
POWIS, ROBERT E., *The money launderers*, Probus Publishing, Chicago 1992.
HENRY, JAMES S., *Banqueros y lavadólars*, trad. JESÚS VILLAMIZAR H., T M Ed., Bogotá, 1996.
BLANCO CORDERO, ISIDORO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- 5 PINILLA PINILLA, NILSON, “El crimen organizado en la banca internacional”, *Vniversitas*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n° 70, mayo de 1986, pág. 54 y sigs. Del mismo autor, “Los refugios financieros y la criminalidad transnacional”, *Derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 34, enero - abril 1988, pág. 105 y sigs.). En esta misma revista puede verse “El delito de omisión de control”, por DANIEL FERNANDO JIMÉNEZ J., n° 61, enero - abril 1997, pág. 37 y sigs. y “Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa”, por GUILLERMO PUYANA RAMOS, n° 67, septiembre - diciembre 1999, págs. 51 y sigs.

“aun cuando el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”.

La pena privativa de la libertad fue aumentada, con agravación si la conducta es desarrollada

“por persona que pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos”

y aun más para sus “*jefes, administradores o encargados*”; se adicionan penas de multa de 500 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales y, al igual que para la omisión de control, la pérdida del empleo si se trata de servidor público y la prohibición entre 3 y 5 años del ejercicio de su arte, profesión u oficio, industria o comercio, si los hechos fueron realizados

“por empresario de cualquier industria, administrador, empleado, directivo o intermediario en el sector financiero, bursátil o asegurador”.

Expresamente se tipifica el delito de omisión de control, también “*por ese solo hecho*”, frente al

“empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa 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 los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993 para las transacciones en efectivo”.

2.5. En la Ley 599 de 2000 se conservan el lavado de activos y la omisión de control como conculcaciones contra el orden económico y social, con previsiones típicas similares y adicionando en el artículo 323

“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”,

no en la extensión en que podía haberlo hecho frente a otros delitos altamente lucrativos, a tal punto que hay grupos delincuenciales que organizadamente se dedican a perpetrarlos, que como se anotará adelante correspondería incluir entre aquéllos de los que provengan los recursos a reciclar.

2.6. Después, el artículo 8° de la Ley 747 de 2002 agregó los bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes y trata de personas.

Es de reiterar que expresamente se ha considerado que el lavado de activos de tales procedencias ilícitas y la omisión de control, son delitos autónomos, que se

configuran “*por esa sola conducta*”, admitiendo “*claramente el concurso con otras conductas delictuales*”⁶.

3. PROPUESTAS PARA MODIFICAR LOS ARTÍCULOS 323 Y 325 DEL CÓDIGO PENAL

Los puntos más destacados de reforma que, frente a los delitos de lavado de activos y omisión de control, fueron presentados el 20 de julio de 2003 ante el Congreso Nacional, pueden sintetizarse de la siguiente manera (en este documento se realiza en grilla la escritura de algunas novedades):

3.1. Se trata de modificar la descripción típica del lavado de activos, colocando de manera consecutiva

“adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie, negocie, administre”,

con dar

“*apariencia de legalidad o legalice bienes o recursos*”, suprimiéndose la particularización de la procedencia de los bienes pasibles de lavado, que paulatinamente se había ido aumentando hasta la descripción típica vigente en la legislación penal colombiana, que en desajustada redacción incluye:

“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”,

para abarcar ampliamente que sean “producto directo o indirecto de actividades ilícitas”.

Se concreta sí a que se realicen

“operaciones individuales o fraccionadas, cuyo valor o cuantía sea igual o superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes”,

advirtiéndose que por debajo de tal valor la conducta quedaría reprimida bajo el tradicional tipo penal subsidiario de recepción, que se considera apropiado

6 HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A., *El lavado de activos*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 3ª edición, 2002, pág. 142.

para tratar de contrarrestar actuaciones de la delincuencia convencional, distinto del lavado de activos, que además de afectar la administración de justicia, en su carácter pluriofensivo y al ser inmanente a diversas perpetraciones de la criminalidad organizada, conculca otros muy valiosos bienes jurídicos, como la seguridad pública y el orden económico y social.

Aun cuando las fijaciones cuantitativas suelen resultar arbitrarias en la definición de las características básicas estructurantes del tipo penal, en la exposición de motivos la Fiscalía General de la Nación advierte que propone el monto de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes como cuantía de los bienes para determinar el objeto material del delito de lavado de activos, por ser una “*suma cercana*” a us\$ 10.000, que se ha adoptado como parámetro general

“en distintas partes del mundo, para determinar el factor de riesgo sobre el cual se edifican distintas obligaciones de prevención y control al lavado de activos”.

Agrega que el monto señalado

“también lleva implícito las operaciones fraccionadas o múltiples, siguiendo las precisiones previstas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, modificada por la Circular Externa 025 de junio de 2003”.

Apoya la Fiscalía la apertura a “*actividades ilícitas*”, en general, de las conductas de las cuales provengan los bienes o recursos cochambrosos, cuyo reciclamiento haga incurrir en el delito de lavado de activos, en

“la necesidad de evitar la circunscripción del delito subyacente a cierto tipo de conductas, situación que dificulta en gran medida las investigaciones que se llevan a cabo al exigirse prueba de esta clase de delitos”,

agregando que la adecuación típica del lavado de activos

“presenta en la práctica un enorme inconveniente, al quedar supeditada al aspecto probatorio”.

Se invoca que la experiencia enseña cómo un lavador profesional, “*ni siquiera conoce el origen de los recursos que lava*” y, por ende, mal puede el Estado exigir al investigador

“acreditar el origen ilícito de los recursos, cuando el sindicado no lo conoce y sólo es consciente de su origen ilícito, lo cual debe ser objeto de reproche punitivo”.

Contemplar la tipificación del comportamiento una actividad ilícita abstracta, facilita la labor del operador judicial y

“permite que se tipifique la conducta frente a diferentes tipos de delitos sobre los cuales se podría edificar el lavado de activos”.

Es real lo advertido sobre las dificultades de configuración de un delito específico del cual provengan los caudales que van a ser reciclados, de una parte porque la calificación jurídica de la conducta punible fuente de los bienes puede sufrir variaciones, de acuerdo a las pruebas que vayan siendo acopiadas y las discrepancias en los criterios de subsunción, sobre todo frente a las proximidades que se aprecian en las descripciones de algunos comportamientos.

Afortunadamente, las disposiciones procesales penales fueron posibilitando la variación de la calificación, en procura de hacerla simplemente fáctica, como lo han reclamado algunos doctrinantes, pero sólo llegando en Colombia a la posición, de suyo avanzada, que contempla el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, esclarecida por la jurisprudencia a partir del auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, de fecha febrero 14 de 2002, con ponencia del magistrado JORGE E. CÓRDOBA POVEDA, en el asunto de radicación n° 18457.

Por otra parte, es muy frecuente que ni siquiera se pueda determinar de qué delito surgieron unos recursos ciertamente mal habidos, que provienen de toda una actividad compleja, profesional o habitualmente dedicada al crimen, o se han masificado. Así se puso de presente a raíz de que el esfuerzo que en Colombia se ha venido realizando para desposeer a los beneficiarios de caudales delictivamente adquiridos, que a la vez constituye un mecanismo excelente para luchar contra las perpetraciones ilícitas de donde proceden, padeció un conato de obstrucción, al referir la Corte Constitucional, *obiter dicta*, en la parte motiva de la sentencia C-127 de 1993, marzo 30, sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, con ponencia del magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO:

“Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

Como aparecerá en ensayo próximo a ser publicado⁷, esa fue una grave ideación, que conducía a la impunidad, arrumbaba la preceptiva correspondiente y burlaba la ineludible lid que la propia Constitución Política (artículo 34) ha significado que debe desplegarse, para que no se permita ejercer dominio

7 PINILLA PINILLA, NILSON, “Observaciones sobre algunos delitos contra el orden económico social”.

“sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

Tal aseveración de la Corte Constitucional, por fortuna puramente incidental, tangencial o de paso, contraria a lo que desde un principio ha sostenido la Corte Suprema de Justicia⁸, habría inutilizado la previsión típica, no sólo para el enriquecimiento ilícito de particulares, sino también para el testaferrato, el lavado de activos, la omisión de control y aun el encubrimiento, por receptación y por favorecimiento. Afortunadamente, la Corte Constitucional enmendó su grave yerro, en sentencia C-319 de julio 18 de 1996, con ponencia del magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, eso sí, con salvamentos de voto de los magistrados CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, conjuntamente y JORGE ARANGO MEJÍA, por su lado.

Ciertamente, las actividades delictivas de las cuales provengan los bienes mal habidos pueden ser un hecho notorio, mas no es necesario que aparezcan independizadas, menos a través de “*condenas proferidas en sentencias judiciales*”; basta que quien los recicle sepa, así sea en abstracto y sin especificidades, que su procedencia es delictuosa, conocimiento cierto que bien puede ser genérico, como habrá de ser acreditado en el mismo proceso en el que consiguientemente se determine la responsabilidad del lavador.

Es así posible, y no impide la comprobación certera, que no se logre escindir que el objeto, de indiscutible mal origen, procede de una conducta punible concreta, o que al reciclador no le haya interesado individualizarla, dentro de toda una criminalidad habitual.

Es de acotar, sin embargo, que al suprimirse la lista paulatinamente aumentada de los específicos delitos de mayor lesividad que den origen a los activos lavables, para indiferenciar que el adquirente, transformador, etc., sepa que “son producto directo o indirecto de actividades ilícitas”, cualesquiera, en cuantía de 100 s.m.l.m.v. o más, frente a formas convencionales de criminalidad, que no suelen ser realizaciones de delincuencia organizada, van a resultar contrariados los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción penal.

Por ejemplo, quien sea querellado al cometer un abuso de confianza agravado por la cuantía, afrontaría un marco punitivo que empieza en sólo 1 año y 4 meses de prisión y multa de 13.33 smlmv, mientras de convertirse este proyecto en ley,

8 Octubre 18 de 1995 y junio 12 de 1996, ambas providencias en el asunto de radicación n° 10.467, con ponencia del magistrado RICARDO CALVETE RANGEL.

quien custodie o transporte 40 millones de pesos de esa mala procedencia, sería sancionado con no menos de 10 años de prisión y entre 500 y 50.000 smlmv, sin que en su favor pueda mediar desistimiento, conciliación, indemnización integral y otros beneficios.

De tal manera, aunque es entendible que se desee ampliar el catálogo de las conductas punibles con potencialidad de generar lavado de activos al reciclarse su producto ilícito, para superar las dificultades de establecer el delito subyacente frente a activos de sabida procedencia criminal donde, sin embargo, resulte borrosa o indiferente la particularización del específico delito, es desaconsejable que se generalice y únicamente diferenciar por cuantía relativamente baja.

En síntesis, si se insiste en reformar la legislación, más bien podría anotarse que se sepa que son de origen delictivo, que podría ser uno cualquiera en la lista, la existente con mejor redacción en cuanto a los cometidos en desarrollo de un concierto para delinquir y agregando, e.g., falsificación de moneda; alteración, imitación o simulación de medicamentos, alimentos, bebidas; explotación de recursos naturales con repercusiones contra el ambiente; perpetraciones habituales contra los derechos patrimoniales de autor; cualquier valor de pagos a sicarios; hurtos calificados y otros delitos contra el patrimonio económico que arrojen botines por encima de determinada cuantía multimillonaria, como el cometido contra el Banco de la República en Valledupar, etc., y, en todo caso, la conducta del que genéricamente lave activos de sabida procedencia delictiva, sin inquietarle ni interesarle el específico tipo penal.

3.2. No ofrece claridad la manifestación

“se contempla la posibilidad de que cuando la actividad ilícita, corresponda a un delito de cierta gravedad (más de 4 años de prisión como mínimo), se agrave la pena”,

que incluye la Fiscalía en la exposición de motivos, lo cual no halla eco en el proyecto de artículo y se contrapondría con

“la necesidad de evitar la circunscripción del delito subyacente a cierto tipo de conductas”.

Esa agravación específica no se compadece con la observada motivación de generalizar la subsunción típica, para que no sólo de unas cuantas previsiones punibles puedan emerger los activos sobre los que se constituya el lavado. Elevaría el marco punitivo a unos niveles más desproporcionados y resulta innecesaria, siendo que el juez, en todo caso, deberá tomar en cuenta, al individualizar las penas dentro del correspondiente cuarto punitivo (inciso 3° art. 61 L. 599 de 2000), la mayor o menor gravedad de la conducta y el daño real o potencial creado, que

bien puede aumentar la magnitud lesiva del delito de lavado de los activos ilícitos por la del que los originó, si llegare a aparecer establecido.

3.3. Acerca de la extensión en el inciso segundo del actual artículo 323 a “*bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada*”, se procura suprimirla al estimar, según la exposición de motivos, que:

“carece de sentido pues si la extinción del derecho de dominio ya ha sido declarada, cualquier negocio jurídico que se efectúe sobre estos bienes carece de legalidad ya que éstos pertenecen ya al Estado según la declaratoria judicial”,

lo cual es real, pero debería analizarse con más detalle por qué había sido incluida en la redacción típica y lo que puede suceder con tales bienes cuando precisamente se quiera ocultar esa resultante titularidad estatal, o la destinación que se haya dado, para dar una apariencia de legalidad burlando la decisión jurisdiccional.

3.4. En cuanto a las modificaciones propuestas acerca de la acción y de las modalidades de la conducta punible, al proponerse la reforma al artículo 325 del Código Penal, sobre la omisión de control, se colige claramente que la prevista en el inciso 1° se mantiene dolosa, mientras que en el inciso 2°, de manera opuesta al principio de la razonabilidad y también con desproporción en la pena resultante, se contempla expresamente la culpa.

Una vez más se tiende a desconocer los postulados del derecho penal mínimo para, por el contrario, agravar la inflación punitiva y la dificultad de la justicia para dar respuesta a tantísimas previsiones, que de otra parte se pretende contrarrestar con el advenimiento de alternativas como el principio de oportunidad.

Prácticas correctivas más eficaces, condignas y expeditas que las penales, con especial provecho en la perseverante, rigurosa e idónea aplicación y exigencia del deber objetivo de cuidado, pueden hallarse en las preceptivas del derecho administrativo sancionatorio, encomendadas a los organismos que ejercen el control e intervención del Estado en la economía, como cada Superintendencia sobre el sector respectivo, con la garantía del eventual control jurisdiccional posterior, en lo contencioso administrativo.

Así se ha expresado reiterativamente, por ejemplo en el acápite “II. Descriminalización” del ensayo “Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio”⁹, propugnando que el derecho penal sea circunscrito al *rol* de *ultima*

9 PINILLA PINILLA, NILSON, *Revista del Banco de la República*, Bogotá, n° 741, julio de 1989, pág. 25 y sigs.

ratio que le corresponde, como se pregona desde los tiempos de FRANCESCO CARRERA¹⁰, para recordar un clásico enfoque, que bien actual parece, entre muchos otros de similar tendencia, deplorablemente desatendida:

“La creciente cultura de un pueblo y su ampliada libertad deberían ser potísima razón para disminuir gradualmente el número de acciones declaradas como delitos. Con todo, crece en cambio entre nosotros la manía de multiplicar su número, para recurrir al peligroso remedio de la función penal, contra acciones que no tienen verdaderos caracteres de delito, con respecto a las cuales nuestros antepasados se contentaron con otros modos de prevención... Este fenómeno tiene su causa en la manía de gobernar demasiado, y en la idiotez de gobernarlo todo por medio de procesos criminales.

Me parece muy exacta la fórmula de ELLERO (*Scritti minori*, Bologna, 1875, pág. 78) que dice que ‘se deben castigar sólo aquellas acciones que violan o tienden a violar los derechos ajenos, cuando éstos no se pueden asegurar de otro modo, y cuando el castigo no implique mayor daño que la impunidad’.

También entre nosotros se ha refrendado, por ejemplo por JAIME BERNAL CUÉLLAR y CARLOS FERNANDO OSORIO BUSTOS¹¹:

“La eficacia en el control de las actividades industriales, comerciales y bancarias, no surge de un momento a otro por el simple hecho de que a ciertas conductas se les imponga el rótulo de delitos, ya que dicho término sólo puede tener un poder intimidativo, mas en ningún momento la eficacia suficiente para restablecer el orden económico, en especial si se tiene en cuenta que son comportamientos de tal complejidad que los señores jueces no tienen a su disposición los medios necesarios para desentrañar la verdad material que se persigue en el proceso penal.

...Resultaría entonces más eficaz establecer fórmulas y procedimientos que, sin reñir con el derecho de defensa, puedan sustraerse del esquema del derecho penal ordinario.

El legislador no puede seguir utilizando para restablecer el orden económico social los sistemas tradicionales de engrosar el catálogo de los tipos penales, aumentar penas... Debe pensar en fórmulas diferentes, cuya eficacia dependa de quien hace la investigación y de la naturaleza de la sanción que deba imponerse. Si hay personal especializado en la Superintendencia Bancaria, dedicado exclusivamente al control de ciertas instituciones, ¿por qué no se deja en manos de ellas... el trámite e imposición de las sanciones que sean necesarias...?”

10 *Programa de derecho criminal*, trad. JOSÉ J. ORTEGA TORRES y JORGE GUERRERO, Temis, Bogotá, 1956, t. I, pág. 40.

11 *Delitos financieros*, Temis, Bogotá, 1985, págs. 4 y 5.

Además, la reducción punitiva que se propone para la modalidad culposa es muy leve (“*de una tercera parte a la mitad*”), frente a lo previsto en algunos otros casos como distancia entre el dolo y la culpa.

Por ejemplo, para las lesiones personales culposas, las penas se disminuyen “*de las cuatro quintas a las tres cuartas partes*” frente a las dolosas (art. 120 CP), mientras para el homicidio culposo la pena se reduce a entre 2 y 6 años, de los 13 a 25 del homicidio simple (arts. 109 y 103 CP). Al servidor público que incurra en peculado culposo se le impondrá prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas de 1 a 3 años, y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes (art. 400 CP), penas bastante inferiores a las aplicables en cualquier evento de peculado por apropiación (art. 397 CP), mientras la fuga de detenido o condenado no incluye, cuando es por culpa, pena privativa de la libertad (art. 450 CP).

Claro está, para otros delitos culposos la punibilidad no disminuye tanto (modalidades culposas de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 333 y 339 —331 y 332— CP; lesiones culposas al feto, art. 126 CP) y frente a algunos delitos contra la seguridad pública (art. 360 CP) la disminución para el acto culposo es igual a la propuesta que ahora se comenta, lo cual no justifica que de nuevo se yerre, al parecer por querer sancionar por el resultado.

3.5. Volviendo a la reforma proyectada específicamente acerca del delito de lavado de activos,

“... conociendo o teniendo la posibilidad de conocer que son producto directo o indirecto de actividades ilícitas...”

es una forma inusual, impropia, equívoca, riesgosamente cercana a la responsabilidad objetiva y antitécnica de prever la acción y/o la culpabilidad.

Es claro que “*conociendo*” involucra dolo, pero “*teniendo la posibilidad de conocer*” es una desafortunada expresión, cuyo significado y alcances son difíciles de precisar.

En la exposición de motivos, en lo que por ubicación, texto y lógica parece circunscribirse a la omisión de control, simplemente se indica:

“Igualmente, y considerando los avances dogmáticos de la moderna teoría del delito culposo recogidos en el nuevo Código Penal, se imprime de dinamismo al deber objetivo de cuidado que gobierna el ejercicio de las actividades de las entidades prestadoras de servicios y ampliamente regulado en diversas disposiciones emitidas para el efecto,

para así soportar la modalidad culposa del lavado omisivo, sin que ello, a nuestro juicio, pueda generar temor en los sectores regulados, pues es una realidad que merece reconocimiento, la destacada observancia del deber objetivo de cuidado por parte de los integrantes de los sectores obligados y los grandes avances realizados en la materia”.

En verdad, “*teniendo la posibilidad de conocer*”, a pesar de su insinuación de mera previsibilidad, no parece que se la haya querido apuntar hacia una modalidad culposa del lavado de activos, cuya criminalización ya evidenciaría, de por sí y frente a lo que ya se anotó, irrazonable rigor, mucho más si no se prevé una pena específica, cayendo bajo la misma anunciada para el delito doloso, por cierto con el yerro “*de diez (10) a quince (20) años*” (*sic*).

Además, si se propusiere un delito culposo, tenía que acatarse la disposición contenida en el artículo 21 de Ley 599 de 2000, parte general del Código Penal, de la que se resalta en negrillas lo que se quiere destacar: “... *La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley*”.

“*Expresamente*” es como se hace en los preceptos donde son previstos delitos culposos, recientemente citados: “...*por culpa...*” o “...*culposamente...*”.

Sería aun más inconsecuente que así se proponga para la omisión de control (“*Si por culpa se incurriere...*”), pero tal técnica sea dejada de lado en cuanto al lavado de activos, prefiriendo la oscuridad de “*teniendo la posibilidad de conocer*”.

Parece que es entonces alguna forma especial de manifestación dolosa la que se quiere incluir en la reforma propuesta a la descripción típica del lavado de activos. Para ilustrar el asunto, cabe recordar la siguiente visión de DANIEL FERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, destacado estudioso de estos temas ¹²:

“Es un delito que sólo se comete cuando se tienen las ganas de cometerlo; accidentalmente no se puede ejecutar, como quiera que es un delito doloso y no culposo. Se comete el delito de lavado de activos, solamente cuando el sujeto está expresamente orientado a conjugar alguno de los verbos ya mencionados. Cuando se propone ocultar, asegurar, transmitir, transportar o administrar un bien que además sabe que es producto de un delito.

Sin embargo, existen dos modalidades ‘intermedias’ del dolo que deben ser consideradas:

La acción por omisión: se puede obtener el mismo resultado de lavar, dejando de hacer...

¹² Texto presentado inicialmente en la Universidad de los Andes, Bogotá, en *Análisis integral de la Ley 190 de 1995*, octubre de 1995.

En el sector financiero se puede alcanzar el resultado de ‘lavar’ dejando de ejecutar la obligación de ‘controlar’ las transacciones que allí se realizan. La conducta es omisiva *cuando no se ponen en práctica los controles, cuando no se establecen o no se ejecutan los procedimientos.*

El dolo eventual: ... se presenta cuando una persona persigue un propósito que en sí mismo puede no ser ilícito, pero advierte que en desarrollo de ese propósito pueden presentarse comportamientos ilícitos y los admite como probables y actúa con indiferencia frente a ellos.

(...)

El funcionario bancario puede cometer dolo eventual, por ejemplo, cuando se propone obtener el mayor recaudo —objetivo perfectamente lícito desde el punto de vista comercial— pero considera como probable que si tiene como única meta ese objetivo, va a llenar su portafolio de cuentas corrientes de dineros provenientes del narcotráfico, situación perfectamente probable y posible. Esto supone hacer caso omiso de todos los controles que la ley le impone establecer”.

Mayores análisis sobre estos aspectos efectúan varios de los autores apuntados en la bibliografía. Así, desde la perspectiva española, donde el delito se contrae a que los bienes tengan origen “*en un delito grave*” y también se prevé la realización “*por imprudencia grave*”, sancionable con “*prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo*”, se pronuncian JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA en *Los delitos del blanqueo de capitales*¹³; JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en *El blanqueo de capitales en el derecho español*¹⁴; ISIDORO BLANCO CORDERO en *El delito de blanqueo de capitales*¹⁵ y *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*¹⁶; DIEGO J. GÓMEZ INIESTA, en *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*¹⁷; CATY VIDALES RODRÍGUEZ, en *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*¹⁸; EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, en *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales – Un estudio sobre su tipificación desde las perspectivas jurídica y políticocriminal*¹⁹; etc.

13 Pág. 549 y sigs.

14 Págs. 30 a 33.

15 Pág. 329 y sigs.

16 Pág. 115 y sigs. y 179 y sigs.

17 Págs. 54 a 62.

18 Págs. 45 a 52, 115 a 119 y 123 a 133.

19 Pág. 418 y sigs., 425 y sigs., 503 y sigs., 525, 526 y sigs.

Es también importante conocer el enfoque que, frente al derecho alemán, realiza EYDER PATIÑO CABRERA sobre *El riesgo permitido en el blanqueo de capitales y en los tipos afines*²⁰.

Asimismo, resulta de la mayor trascendencia observar las referencias que efectúa BLANCO CORDERO en el citado libro *El delito de blanqueo de capitales*, primero sobre el dolo exigido en el *Derecho continental* (págs. 358 a 360):

“De las tres clases de dolo que se distinguen habitualmente por la doctrina, se considera mayoritariamente en Alemania, en Suiza y en España que basta con la concurrencia del dolo eventual. Puesto que se opta por acoger el tipo de dolo con un contenido menor de injusto, parece claro que se admite la posibilidad de actuar con dolo directo de primer y de segundo grado, que implican un contenido mayor de injusto.

En Italia la legislación no especifica ninguna clase de dolo. Sin embargo, la doctrina requiere mayoritariamente la representación de la conducta típica y el conocimiento de la procedencia delictiva del dinero o de los bienes, así como en el plano volitivo, el fin de procurarse para sí o para un tercero un beneficio, o bien de ayudar a los autores del delito previo a asegurarse el beneficio obtenido.

En Portugal, el artículo 23 del DL 15/1995 exige que el sujeto actúe ‘sabiendo que los bienes o productos provienen de la realización’ de determinados delitos. Este ‘elemento específico del tipo’ ha sido interpretado en el sentido de un ‘conocimiento positivo e inequívoco de la procedencia de los bienes o productos’. Esto excluye, según la doctrina, la admisibilidad de la figura del dolo eventual. Se reduce así, dice FARIA COSTA, el ‘universo de candidatos positivos a cumplimentar el tipo’, pues quedan excluidas las actuaciones llevadas a cabo con dolo eventual”.

Y en cuanto al “dolo exigido para la comisión del blanqueo de capitales en el derecho de Estados Unidos” (págs. 360 a 369), BLANCO CORDERO relata:

“Mención especial merece el análisis del elemento subjetivo del delito de blanqueo de capitales en Estados Unidos, esto es, lo que se denomina *mens rea*. Con carácter general, el estándar exigido en las secciones 18 USC 1956 y 18 USC 1957 viene dado por el término conocimiento (*knowledge*). Tanto una como otra sección establecen un requisito subjetivo muy estricto, pues se debe probar la existencia del conocimiento. Requieren ambos el conocimiento de que los bienes se derivan o representan el producto de una actividad ilegal. Ahora bien, la exigencia del estándar del conocimiento no es algo casual, sino que el Congreso de los Estados Unidos previamente había rechazado proyectos en los que se empleaban términos como *reasson to know* y *reckless disregard*. Por tanto en la

20 Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 1998.

actualidad predomina el estándar del conocimiento, pero con el entendimiento de que se debe interpretar de forma que incluya instancias de *willful blindness*, textualmente ‘ceguera deliberada’, aunque se emplea más comúnmente ‘ignorancia deliberada’ o ‘ignorancia intencional’...

El estándar del conocimiento exige que el autor actúe con conciencia actual (*actual awareness*) de la existencia de un hecho particular. La doctrina de la *willful blindness* amplía el requisito tradicional del conocimiento. Tal doctrina exige un análisis del aspecto subjetivo de acuerdo con lo que es razonable. Ello da lugar a la construcción de un gran estado mental que se justifica por la deliberada indiferencia ante una actuación ilícita previa. La doctrina estima que la *willful blindness* exige sospecha, probabilidad de realización y verificación de la evitabilidad. Determinadas circunstancias pueden engendrar sospechas de que una actividad es apta para producir un resultado contrario a lo establecido en las normas. Si una persona lleva a cabo un plan sin ningún tipo de investigación, y opta por permanecer en la ignorancia de la realidad, el derecho le imputa el conocimiento de lo que podía haber conocido. En resumidas cuentas, este estándar deduce el conocimiento de la prueba de que una persona ha cerrado deliberadamente sus ojos a lo que habría sido obvio para él”.

Parecería que unas consideraciones similares a las consignadas en el párrafo precedente, se las quiera traer a la legislación colombiana, con el especial esfuerzo de tratar de concretarlas en

“... conociendo o teniendo la posibilidad de conocer que son producto directo o indirecto de actividades ilícitas...”,

pero la normatividad fundamental de la culpabilidad, en la preceptiva y la cultura jurídica colombianas, requieren una especificidad que no alcanza a ofrecer la fraseología proyectada. Además, así continúa BLANCO CORDERO el análisis de lo que acaece en los Estados Unidos de América:

“...existe una gran insatisfacción a la vista de los problemas que plantea sustituir el conocimiento actual por la *willful blindness*, puesto que son dos estándares no intercambiables. Es más, algunos autores consideran que tal sustitución judicial amplía los límites de la discrecionalidad judicial y puede ser contraria la cláusula del proceso debido recogida en la Constitución americana, por lo que plantean su inconstitucionalidad...”

La normativa relativa al blanqueo de capitales en Estados Unidos exige, para poder perseguir penalmente a una persona, que se encuentre involucrada en una transacción monetaria conociendo que los bienes derivan de alguna forma de actividad ilegal. El problema que plantea la doctrina reside en la determinación de si tal normativa exige un criterio objetivo o subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo el conocimiento supone ‘conocimiento (de un hecho particular o circunstancia) poseído por un sujeto informado’,

mientras que el conocimiento objetivo ‘consta del contenido lógico de nuestras teorías, conjeturas (y) suposiciones’. Pese a que a simple vista tal distinción parece sólo aparente, sin embargo, cuando entra en contacto con la doctrina de la *willful blindness*, la imposición de estándares objetivos sobre la percepción subjetiva oscurece la distinción... La ausencia de la conciencia de un hecho particular excluye el conocimiento. El conocimiento requiere tanto un examen subjetivo como objetivo. Con relación a la normativa del blanqueo de capitales se dice que el conocimiento exige: (1) una creencia o impresión (*feeling*) próxima a la certeza (2) que sea subjetiva y (3) que sea correcta.

(...)

La doctrina resalta la necesidad de que se codifique expresamente la sustitución del conocimiento actual por el criterio de la *willful blindness* en los supuestos de blanqueo de capitales, pues en caso contrario, pueden plantearse importantes problemas... se debe entonces determinar por qué el autor falló al no darse cuenta del peligro evidente o de los signos reveladores del objetivo ilegal de la transacción, Por eso, considera —VON KAENEL— crucial distinguir entre una persona ciega intencionalmente que quiere o necesita ignorar algún hecho o riesgo, y aquel que no se da cuenta porque no tiene cuidado o simplemente es un instrumento ingenuo de su cliente.

(...)

En la exposición se ha dejado clara la tendencia a relajar las exigencias en el ámbito subjetivo también en el derecho de los Estados Unidos de América. Si bien la norma es clara al exigir ‘conocimiento’, la práctica ha demostrado que existen muchos supuestos de blanqueo de capitales que quedarían impunes por imposibilidad de probar tal elemento. Conscientes de ello, la jurisprudencia y también los legisladores reducen las exigencias subjetivas, y admiten la denominada *willful blindness*. Esta institución es equiparada por algún autor al dolo eventual del derecho continental e incluso a la culpa con representación...”.

El trasplante a Colombia de esa concepción de la “ignorancia deliberada”, no es tan sencillo como simplemente redactar “*teniendo la posibilidad de conocer que son producto directo o indirecto de actividades ilícitas*” e introducirlo en la ley. Primero, hacerlo así puede ir en contra de la erradicación de la responsabilidad objetiva (art. 12 L. 599 de 2000) y si lo que se busca es sancionar una modalidad culposa (¿con representación?), ya se ha explicado que debe consagrarse de manera expresa, pero que no es razonable ni necesaria la represión penal de esa modalidad no intencional de comportamiento, de suyo cubierta ya bajo los dictados del derecho administrativo sancionatorio a que anteriormente se efectuó alusión.

Por otra parte, si son casos de una conducta punible realizada por omisión de quien conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y no actúa, ni los evita, porque quiere su realización, no necesita previsión normativa adicional, menos

si subsiste como está el delito de omisión de control. Y si, por lo demás, lo que se procura cubrir es la situación de quien

“tuviera el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en la posibilidad de hacerlo”,

bien se sabe que quedará sujeto “a la pena contemplada en la respectiva norma penal”, en las condiciones estatuidas por el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, lo que también hace innecesaria una previsión adicional para abarcar tal eventualidad.

De esa manera, la proyectada expresión vendría a resultar en buena parte superflua; mas si lo buscado es que se endilgue en aun mayor cobertura, involucrando un dolo de inferior intensidad y disminuyendo las exigencias probatorias, la impropiedad de la previsión, con su falta de técnica y los excesos draconianos que de ella devendrán, producirá nuevas dificultades sobre las posibilidades de aplicación justa y oportuna de la ley penal.

“*Teniendo la posibilidad de conocer*” es expresión que estaría dirigida a procurar que se reduzca la exigencia sobre la demostración del dolo, o la carga de la prueba, que le corresponde al Estado, sobre el conocimiento de la delictuosidad por parte de un autor o partícipe. Es de observar, sin embargo, que aun en el Código de los Estados Unidos de América, secciones 1956 y 1957 del título 18, expresamente se exige prueba del conocimiento real de la actividad ilícita y de la intención, con repetidas expresiones como:

“Knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity” —significando que—, *“the person knew the property involved in the transaction represented proceeds from some form, though no necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law”*.

En otros apartes se especifica:

“with the intent...”, “knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity...”,

no dejando lugar a duda de que en la federación tan usualmente tomada de modelo, a nadie se puede condenar simplemente porque tuviera la posibilidad de conocer que unos bienes, sobre los que tuvo alguna forma de relación, fuesen producto directo o indirecto de actividades ilícitas.

La jurisprudencia británica y norteamericana²¹ en torno a la ignorancia deliberada o “*ceguera intencional*”, de todas maneras exige la demostración de que la persona involucrada, consciente e intencionalmente quiso y procuró no enterarse de lo criminal de la situación, cerrando protervamente los ojos.

De tal manera, es claro que la ignorancia deliberada equivale al conocimiento. El autor o partícipe aparenta no informarse, o voluntariamente elude enterarse de lo obvio, para no perjudicar “el buen negocio”, manteniendo la probabilidad de negar que sí sabía. Como se ha visto, en Colombia ello no puede dejarse a regulaciones específicas de uno u otro tipo penal, pues es a la preceptiva del derecho penal general a la que corresponde su regulación.

Es de observar, por otra parte, que aunque en 1986 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América propuso, en un proyecto de enmienda a las disposiciones sobre lavado de dinero, incluir un estándar de *reckless disregard*, (desatención negligente), el Senado no lo aprobó, manteniéndose la exigencia de comprobación de un conocimiento real, muy por encima de lo que equivaldría a “teniendo la posibilidad de conocer”.

No es de tal manera plausible que en Colombia se haya desbordado el propósito del proyecto de modificación al Código Penal, radicado en proponer tan sólo las normas necesarias para la implantación del sistema acusatorio en el procedimiento penal; más bien, por prudencia y para no tener que contra reformar prontamente, se anhela que se reabra el estudio y se continúe ponderadamente, de manera profunda para, como producto sólido del trabajo conjunto, más allá de los afanes de una simple legislatura, por fin se cohesione una verdadera política criminal depurada, donde puedan esculpirse propuestas consolidadas en torno, entre otros, a los tipos penales del lavado de activos y la omisión de control, con todavía mayor escrutinio sobre la escindida previsión de esta última, si atañe a la finalidad “de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”.

3.6. Paralelamente a la expresión “producto directo o indirecto”, se acota mantener la sanción de las actividades desarrolladas con capitales lícitos que hayan sido utilizados para ocultar los de origen ilícito, “en atención a los criterios de función social de la propiedad y deberes derivados de ella”, según se lee en la exposición de motivos, sin mayor explicación y arrojando serios interrogantes.

21 Mayor ilustración en torno a antecedentes judiciales en los Estados Unidos de América sobre el particular, puede hallarse en procesos como “Estados Unidos v. Giovannetti” (919 F. 2d 1223, 7th Cir. 1990); “Estados Unidos v. Sánchez Robles” (927 F. 2d 1070, 9th Cir. 1991); “Estados Unidos v. Campbell” (977 F. 2d 854, 4th Cir. 1992); “Estados Unidos v. Giraldi” (86 F. 3d 1368, 5th Cir. 1996).

3.7. También se dice en tal exposición de motivos, sin adecuada disquisición, que:

“con el presente proyecto se quiere dejar el tipo penal de lavado de activos a tono con las últimas recomendaciones internacionales contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen transnacional organizado, y en documentos especializados internacionales como el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana contra el control del abuso de drogas CICAD, la ley ‘Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional’, en lo relativo al producto del delito de la Oficina de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito de las Naciones Unidas, el *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado* de la CICAD, la Directiva del Consejo de Europa contra el blanqueo de capitales, las cuarenta recomendaciones del grupo de acción financiera internacional, entre otras”.

3.8. Regresando a la omisión de control, sólo desde la perspectiva del articulado propuesto por la Fiscalía General de la Nación, al cambiar la actual connotación de:

“empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito” —por— “empleado o director de una entidad sujeta a vigilancia y control”,

se busca colocar también bajo la cobertura punitiva a no vinculados a los sectores financiero o cooperativo, existiendo otras empresas que están obligadas legalmente a implementar controles, pero no tienen cabida bajo los conceptos de la descripción típica vigente, como ocurre en el área bursátil y en la explotación de los juegos de azar, donde pueden haberse generado espacios para el reciclamiento de recursos mal habidos.

También se suprime la expresión “*para las transacciones en efectivo*”, atendiendo que pueden venirse usando, por ejemplo, negociaciones de bonos en bolsa, cheques con falsos endosos, etc.

Adicionalmente, se expone como motivo que

“la restricción de la conducta sólo a las transacciones en efectivo ha llevado a la inoperancia e inutilidad del tipo penal de omisión de control, como quiera que el mayor porcentaje del lavado de activos que se ha detectado es consecuencia del desconocimiento de otro tipo de obligaciones, lo cual se refleja en la ausencia de acusaciones y sentencias por esta conducta, a pesar de que fue incorporada en nuestra legislación a partir de 1997”.

Como ya se ha esbozado, mucho más habrá que observar sobre la descripción típica de la omisión de control, pero como ello tiene que incluir consideraciones

que se apartan de lo propuesto el 20 de julio de 2003 por la Fiscalía General de la Nación al Congreso, motivo de este ensayo, las consiguientes lucubraciones tendrán que dejarse para posterior oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, HANS-JÖRG, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, traducción ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, *Colombia y su política contra el lavado de dinero – La acción del sistema financiero colombiano*, Bogotá, mayo 1996.
- Asociación Bancaria de Panamá, *Guía a los bancos para prevenir el uso indebido de sus servicios*, Ciudad de Panamá, 2ª edición, 1993.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y OSORIO BUSTOS, CARLOS FERNANDO, *Delitos financieros*, Temis, Bogotá, 1985.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO, *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- BLUM, RICHARD H., *Offshore haven banks, trusts, and companies*, Praeger, New York, 1984.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal*, trad. JOSÉ J. ORTEGA TORRES y JORGE GUERRERO, t. I, Temis, Bogotá, 1956, pág. 40.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, JULIO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999.
- FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A., *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales – Un estudio sobre su tipificación desde las perspectivas jurídica y político-criminal*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 1996. Existe una edición comercial posterior, efectuada en Madrid en 1998.
- FAITH, NICHOLAS, *Safety in numbers*, Hamish Hamilton, London, 1982.
- GÓMEZ INIESTA, DIEGO J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, Cedes, Barcelona, 1996.
- HENRY, JAMES S., *Banqueros y lavadólares*, trad. JESÚS VILLAMIZAR H., T M Ed., Bogotá, 1996.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

- HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO, *El lavado de activos*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 3ª edición, 2002.
- INTRIAGO, CHARLES A, *Money Laundering Alert*, publicación mensual, Miami, desde octubre de 1989.
- JIMÉNEZ JIMÉNEZ, DANIEL FERNANDO, “Análisis integral de la Ley 190 de 1995”, texto presentado inicialmente en la Universidad de los Andes, Bogotá, octubre de 1995.
- JIMÉNEZ JIMÉNEZ, DANIEL FERNANDO, “El delito de omisión de control”, *Derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 61, enero - abril 1997.
- JIMÉNEZ JIMÉNEZ, DANIEL FERNANDO, “Efectivo lavado, ergo: derecho vs. economía”, *Con texto - Revista de derecho y economía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 15, octubre de 2002.
- LILLEY, PETER, *Dirty dealing – The untold truth about global money laundering, international crime and terrorism*, Kogan Page, Londres, 2ª edición, 2003.
- PALMA HERRERA, JOSÉ MANUEL, *Los delitos del blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 1999.
- Parlamento Andino – UNDCP, *El lavado de dinero en los países andinos*, La Paz, 1994.
- PATIÑO CABRERA, EYDER, *El riesgo permitido en el blanqueo de capitales y en los tipos afines*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 1998.
- PÉREZ LAMELA, HÉCTOR D. y REARTES, ROBERTO O., *Lavado de dinero – Un enfoque operativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- PINILLA PINILLA, NILSON, “El crimen organizado en la banca internacional”, *Vniversitas*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n° 70, mayo de 1986.
- PINILLA PINILLA, NILSON, “Los refugios financieros y la criminalidad transnacional”, *Derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 34, enero - abril 1988.
- PINILLA PINILLA, NILSON, “Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio”, *Revista del Banco de la República*, Bogotá, n° 741, julio de 1989.
- POWIS, ROBERT E., *The money launderers*, Probus Publishing, Chicago, 1992.
- PUYANA RAMOS, GUILLERMO, “Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa”, *Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 67, septiembre - diciembre 1999.
- SANDOVAL DELGADO, EMILIANO, *El delito de blanqueo de bienes en el Código Penal federal (desde una perspectiva criminológica y preventiva)*, Cárdenas, México, 1999.
- VIDALES RODRÍGUEZ, CATY, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

