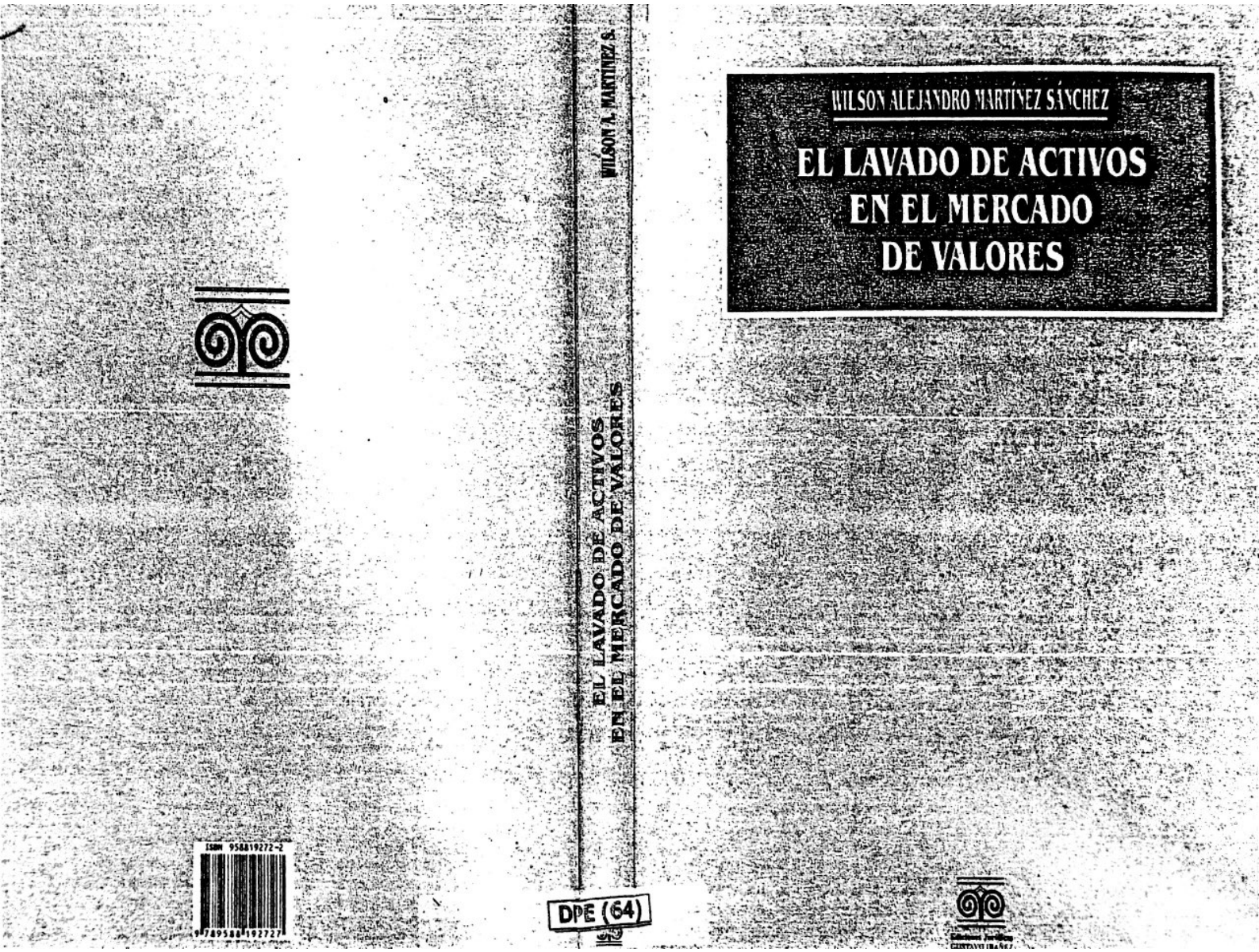

Scanned by CamScanner

mencionar un ejemplo, la gran mayoría de los autores sobre la materia se refieren al lavado de activos como un ***proceso*** o ***procedimiento***, mientras que el tipo penal de lavado de activos, al menos en nuestra legislación, sanciona un acto, una conducta. En esa misma línea, sostener que el lavado de activos –tal y como lo describe el artículo 323 C.P.– consiste, por ejemplo, en invertir dineros que tengan su origen inmediato en un delito de secuestro extorsivo, no contribuye para nada a entender de qué forma la inversión de esos dineros pueden generar que aquellos recursos, que primigeniamente tenían como fuente un delito de secuestro, sean posteriormente presentados como derivados de una operación de venta inmobiliaria –por ejemplo–.

Y no es que las definiciones dadas por la doctrina sean necesariamente incorrectas, sino que obedecen a métodos de conceptualización que no se adecúan a la naturaleza del objeto a definir, tal y como se explica a continuación.

Previamente aclararemos que a lo largo de la doctrina es posible encontrar algunos autores que abordan el estudio de cierta problemática propia del lavado de activos, sin entrar a conceptualizarlo. En algunos casos ello se debe simplemente a que el autor no desea entrar a debatir ese punto por no ser de su inmediato interés[4]. En otras oportunidades, en cambio, se debe a que el autor tiene una visión positivista del tema, y adopta una concepción eminentemente legalista del asunto, considerando que el lavado de activos solo es aquello que la ley dispone que sea. En tal sentido, se limita a tener por lavado de activos aquellos comportamientos descritos en la ley penal como tal.

Si bien, tal y como expusimos con anterioridad, en la mayoría de los casos el legislador, al tipificar las conductas delictivas, logra dar cuenta del real contenido del delito como fenómeno social, en el caso del lavado de activos ello no suele ocurrir. En consecuencia, no podemos compartir semejante posición por su debilidad científica.

Aceptarla supondría negar algo tan evidente como el hecho de que el lavado de activos existe en la realidad, independientemente de su consagración legal, lo que

[4] La profesora española JUANA DEL CARPIO, en su texto *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, no entra de lleno a exponer su propio concepto de lavado de activo, sin embargo ello no permite sostener que tiene un concepto legalista de este delito, pues en ningún aparte de su obra los deja ver así. Suponemos que en consecuencia ella, al igual que muchos otros autores, simplemente consideran que abordar la tarea de elaborar un concepto rebasa las finalidades de la obra que escriben.

significa que debe ser estudiado y conceptualizado como lo que es, un comportamiento humano con relevancia jurídico-penal y no sólo una descripción típica.

1. FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DEL CONCEPTO DE LAVADO DE ACTIVOS

Si buscamos en la doctrina tradicional, encontraremos que la gran mayoría de los autores, especialmente aquellos que proponen conceptos fijados[5], construyen sus definiciones a partir de la descripción típica del lavado de activos. Así, el profesor PRADO SALDARRIAGA define el lavado de activos como *un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país –de modo transitorio o permanente– de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o microtráfico de drogas*[6]. Esta definición no habría estado restringida a los bienes derivados del comercio ilegal de drogas, si no hubiera sido porque el artículo 296 A del Código Penal peruano, al tipificar el lavado de activos, cualifica el objeto material de la conducta disponiendo que son aquellos bienes obtenidos del *tráfico ilícito de drogas*.

No creemos que el método adecuado para elaborar el concepto que buscamos deba tener como objeto de estudio la descripción típica, pues con ello no se da cuenta de la esencia del comportamiento delictivo, sino que tan solo se logra, como en este ejemplo citado, sintetizar en unas pocas palabras el contenido de la disposición penal.

Ahora bien, si no estamos de acuerdo con el método de la doctrina tradicional debemos, antes de abordar el concepto de lavado de activos, aclarar cuál es el método que consideramos adecuado para su elaboración:

Los individuos interactúan en la sociedad, se relacionan unos con otros, y en desarrollo de esa interacción asumen multiplicidad de comportamientos. Algunos de esos comportamientos sólo tienen efecto en la esfera privada del sujeto que los asume, otros en cambio tienen una incidencia sobre los demás miembros de la

[5] Aspecto que se expondrá en detalle más adelante.

[6] PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO. *El delito de lavado de dinero*. Su tratamiento penal en el Perú. p. 15.

Scanned by CamScanner

comunidad. Dentro de este último grupo de comportamientos hay algunos que se caracterizan porque lesionan bienes jurídicos, y son estos los que tienen una vital importancia para el derecho penal.

Para poder mantener la armonía y la convivencia pacífica al interior de un conglomerado, se ha revestido al Estado, y particularmente al legislador, de un *ius puniendi*; definido por la mayor parte de la doctrina como el derecho que tiene el Estado a sancionar penalmente algunos comportamientos humanos[7]. Ahora bien, ese *ius puniendi* no es ilimitado, sino que solo legitima al Estado para penar ciertas conductas. No ha sido nada pacífico en la doctrina determinar cómo debe estar configurada una conducta para que el Estado tenga legitimidad para penarla, y es justamente esta la cuestión en torno a la cual gira el debate acerca del "concepto material de delito"[8].

En efecto, el "concepto material de delito" apunta a establecer las cualidades en cuanto al contenido de la actuación humana para que esta sea legítimamente penada. Ahora bien, por oposición al "concepto material de delito", en el "concepto formal de delito" la conducta punible solo es definida a partir del marco típico dado por el derecho positivo. En consecuencia, y citando textualmente al profesor CLAUS ROXIN:

> *"(...) el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo derecho penal codificado y pregunta los criterios materiales de la conducta punible. Por lo tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que él mismo puede penar y lo que debe dejar impune(...)"*[9].

En lo que respecta a los conceptos formales de delito, no creemos procedente su aplicación en el caso del lavado de activos por dos razones: en primer lugar, porque esta clase de conceptos parten de una definición dada por el derecho positivo, de modo que su ámbito espacial de validez se limita al Estado dentro del cual tiene

[7] Ver en este Sentido: ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*, p. 51. VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal, Parte General*, REYES ALVARADO, YESID. *Imputación Objetiva*, p. 50.

[8] Más adelante estudiaremos detalladamente la evolución de la doctrina en cuanto a los criterios que se han expuesto para determinar las cualidades que debe revestir una conducta para ser sancionada penalmente; por ahora basta con determinar que este es el foco del debate en torno al concepto material de delito.

[9] ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*, p. 51.

vigencia el ordenamiento jurídico en el que se ha hecho la definición. En segundo lugar, porque los conceptos formales no logran comprender la totalidad de matices que puede darse en torno al delito, como quiera que el legislador no contempla en la norma penal la globalidad de aspectos que le atañen, sino tan solo aquella parte que le interesa político-criminalmente.

Pero los problemas anteriores no son los únicos que nos llevan a descartar la elaboración de un concepto formal del delito de lavado de activos. Quizás la principal razón consiste en que ello desconocería que aquel, en esencia, antes de ser un tipo penal, es tan solo un conjunto de comportamientos humanos con relevancia jurídico-penal. En pocas palabras, es un fenómeno social que existe con independencia de su consagración en el derecho positivo.

Un concepto es una idea que ayuda a formar el entendimiento[10]. Más concretamente, es una representación intelectual de los caracteres comunes a un grupo de objetos o fenómenos[11]. Por ello, en tratándose del lavado de activos, sí queremos tener en realidad una idea o representación intelectual verdadera que nos ayude a entenderlo, debemos elaborar un concepto material de este delito. Con ello, no solo podríamos adquirir una comprensión universal del lavado de activos –con validez en cualquier lugar– sino que además tendríamos, tal y como se vio, un criterio político-criminal adecuado para juzgar la conveniencia de las normas penales que lo sancionan.

Sentado lo anterior, lo primero y más importante que debe tenerse presente a lo largo de toda la exposición, es que la orientación de este trabajo apunta a la elaboración de un concepto material del delito de lavado de activos. En consecuencia, intentaremos recoger su real constitución ontológica, prescindiendo de cualquier fundamento en la descripción típica que de aquel pudiera hacerse en la legislación. En otras palabras, trataremos de elaborar un concepto de lavado de activos que se fundamente en la descripción de este conjunto de comportamientos humanos tal y como se presentan en la realidad, de forma más o menos objetiva.

No obstante que hallamos admitido que buscamos un concepto material del delito de lavado de activos, ello no impone que debamos recoger la totalidad de características de aquella clase de comportamientos, sino tan solo aquellos rasgos

[10] Real Academia de la Lengua Española. Diccionario.

Scanned by CamScanner

comunes **cuya verificación dependa de condiciones eminentemente objetivas**. Así, puede prescindirse de aquellos rasgos accidentales, que de alguna forma son relativos al lugar o al momento histórico en el cual se desenvuelve el lavado de activos, y que por consiguiente afectan negativamente la universalidad del proceso epistemológico del observador.

De otra parte, resulta importante fijar la estructura del concepto que hemos de elaborar. Para ello, ha de tomarse en consideración que los objetos que pueden ser estudiados científicamente, son tan disímiles como la imaginación lo permita al punto que, dada la naturaleza de cada uno, debe elaborarse un concepto que en realidad contribuya al entendimiento del fenómeno.

Como dijimos, un concepto es una representación intelectual de los caracteres comunes a un grupo de objetos o fenómenos. Lo ideal es que el concepto pueda abarcar en una oración y con una precisión matemática, el rasgo común que caracteriza todos los objetos o fenómenos del grupo. Sin embargo, en algunas oportunidades el grupo de objetos o fenómenos se encuentra tan extensamente poblado que resulta complicado al individuo comprender la totalidad de ellas en una sola oración. En otras oportunidades, el rasgo característico común es tan etéreo que simplemente resulta imposible expresar una frase que comprenda la totalidad de las manifestaciones que pueda darse de ese rasgo esencial.

Conscientes de esa circunstancia, algunos autores han optado por diferenciar algunos tipos de conceptos atendiendo a la naturaleza del grupo de objetos o fenómenos y a la facilidad con que este permite definir sus rasgos comunes.

En esta línea, preferimos seguir la autorizada postura del profesor alemán CLAUS ROXIN[12], quien en la fundamentación estructural de su concepto de autor diferencia, para efectos eminentemente metodológicos, los conceptos indeterminados, fijados y abiertos.

Hemos decidido seguir las reflexiones del profesor ROXIN –a pesar de que no han sido elaboradas para definir el concepto de lavado de activos, sino el concepto de dominio del hecho– porque consideramos que son válidamente aplicables en cualquier

[12] ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, pp.127 a 147.

materia científica, y además porque nos ahorrará una explicación adicional cuando entremos en el estudio de la problemática de autoría y participación que presenta el lavado de activos.

1.1. LAVADO DE ACTIVOS COMO CONCEPTO INDETERMINADO

La elaboración de conceptos indeterminados supone, en los términos del profesor alemán, *renunciar por completo a elementos determinables y decidir la cuestión "(...) en función de una visión global de todas las circunstancias del supuesto de hecho concreto"*[13].

Los conceptos indeterminados son generales y abstractos, tratan de resumir en una oración la idea general que define el rasgo común que identifica el grupo de objetos o fenómenos bajo estudio. Estos prescinden de toda literalidad y exactitud, hecho que permite que el concepto sea dado permanentemente con diferentes palabras.

En materia de lavado de activos, este tipo de conceptos son comúnmente usados por quienes han abordado el tema. Así, encontramos en la doctrina extranjera autores como ISIDORO BLANCO CORDERO[14], quien define el lavado de capitales como *"el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita"*.

En la misma línea, el profesor español EDUARDO FABIÁN CAPARROS[15] propone un concepto indeterminado al definir el lavado de activos como *"un proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad"*.

Por su parte, el profesor RAÚL TOMÁS ESCOBAR[16] sostiene un concepto indeterminado cuando afirma que el lavado de activos es *"el procedimiento subrepticio, clandestino*

[13] Ibíd, p. 128.

[14] BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 101.

[15] CAPARROS, EDUARDO FABIÁN. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 76.

[16] ESCOBAR, RAÚL TOMÁS. *El crimen de la droga. Tóxicos, depresores, estimulantes, alucinógenos. narcotráfico. Lavado de dinero. SIDA. Mafias. Geoestrategia*. Edit.Universidad Buenos Aires, 1992. p. 381. Obra citada por el profesor CAPARROS, EDUARDO FABIÁN. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 47.

Scanned by CamScanner

y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas, son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácitamente hábiles".

El concepto del profesor MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ[17] también resulta sumamente amplio, pues sostiene que el lavado de activos es aquella *"estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas Públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita, en su caso, el origen delictivo de la riqueza".*

Un poco menos indeterminado es el concepto propuesto por ENRIQUE RUÍZ VADILLO[18] quien, a pesar de exponer una idea general, la hace un poco estricta al vincularla de forma directa al sector financiero. Sostiene este autor que el lavado de activos es la reconducción del capital *"obtenido como consecuencia de delitos, al sistema económico financiero oficial, de tal forma que pueda incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita y tributariamente correcta".*

Dentro de los conceptos indeterminados elaborados por la doctrina nacional se destaca, tanto por ser uno de los primeros como por la respetabilidad de su autor en esta materia, el propuesto por el profesor FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA[19], quien definió este delito como *"el proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal y los subsiguientes actos de simulación respecto de tal origen, para hacerlos parecer como legítimos".*

Este concepto debe ser tenido muy en cuenta por cualquier persona que pretenda escribir un texto sobre lavado de activos en Colombia, no solo por haber sido aceptado por muchos otros autores nacionales –entre quien resalta el doctor

[17] BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. "Política Criminal y Reforma Penal. Delitos Patrimoniales Económicos". En VV.AA.: Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. JUAN DEL ROSAL. Edersa, Madrid, 1993, p. 147. Obra citada por el profesor CAPARROS, EDUARDO FABIÁN. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 48.

[18] RUÍZ VADILLO, ENRIQUE. *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español*. Perspectiva actual y futura. En BIMJ N° 1641 p. 109. Obra citada por el profesor CAPARROS, E. Ob. cit., p. 47.

[19] SINTURA VARELA, FRANCISCO JOSÉ. *Concesión de beneficios por colaboración con la justicia. Lavado de activos. Normas penales y estados de excepción*, p. 93.

HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO[20] que ha estudiado este delito a profundidad–, sino porque además reviste gran valor jurídico en nuestro derecho, debido a que fue utilizado por la Superintendencia Bancaria en el Instructivo[21] dirigido a las entidades financieras en el contexto del desarrollo de una política de prevención del lavado de activos.

La indeterminación de los anteriores conceptos deviene del hecho de que ninguno de ellos opta por incluir explicaciones detalladas acerca de los elementos que integran su definición, especialmente en los siguientes aspectos:

a) Nótese cómo, en los anteriores conceptos, se habla del lavado de activos como un *proceso*, como la *reconducción* o como una *estratagema*; pero ninguno de ellos procede a exponer qué tipo de actos pueden llegar a constituir un proceso, una reconducción o una estratagema idónea para el lavado de capitales.

b) También es posible observar la indeterminación de los conceptos antes expuestos, en la forma que evitan hacer distinciones acerca de los bienes que pueden o no ser objeto del lavado. Obsérvese que la mayoría de ellos hablan de *capital, fondos, ganancias, masa patrimonial* o simplemente *bienes*, pero en ningún caso entran a diferenciar qué clase de capital, fondos, ganancias, masa patrimonial o bienes, son susceptibles de sufrir un proceso de lavado. Tan solo algunos de los conceptos resultan un poco más concretos al hablar de *dinero*, pero respecto de los demás elementos continúan siendo bastante abstractos.

c) Finalmente, ninguno de los conceptos anteriores entra a detallar las diferentes circunstancias que pueden dar apariencia de legalidad a los activos procedentes de hechos ilícitos, y mucho menos a diferenciar los delitos que sirven de fuente a los activos que han de lavarse, hecho este que denota un alto grado de indeterminación.

Este tipo de conceptos indeterminados, particularmente en el ámbito de lo jurídico, padecen de ciertos defectos –a los cuales no es ajena la exposición de CLAUS

[20] HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO. *El lavado de activos*, p. 48.

[21] Superintendencia Bancaria. Instructivo a las Entidades Financieras. En: Diario de la República de mayo 27 del año 1995.

Scanned by CamScanner

ROXIN– que vale la pena mencionar, como quiera que estos se erigen en la causa por la cual consideramos inapropiada su aplicación en cuanto al lavado de activos se refiere.

La primera crítica seria a los conceptos dados se concentra en que si bien el fenómeno delictivo del lavado de activos se encuentra comprendido dentro de todos ellos, la amplitud de los mismos hace que también otros fenómenos delictivos diferentes al blanqueo de capitales puedan caber allí.

Las características que, de acuerdo con los conceptos enunciados, definen e identifican el grupo de conductas delictivas que se agrupan dentro del concepto del llamado lavado de activos, no son exclusivas de él. La amplitud de los conceptos dados permite que otras clases de fenómenos criminales compartan de igual forma las características expuestas, lo que dificulta sobremanera su diferenciación.

Lo más grave de esta circunstancia, es que ninguno de ellos permite diferenciar nítidamente el fenómeno delictivo del lavado de activos, de otras formas de encubrimiento como el favorecimiento o la receptación.

Si, v.gr. siguiendo al profesor FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA, decimos que la característica común que identifica todos los comportamientos constitutivos de lavado de activos es que constituyen un *proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal y los subsiguientes actos de simulación respecto de tal origen, para hacerlos parecer como legítimos*, sin duda tendremos que concluir que algunas conductas constitutivas de favorecimiento o de receptación – no solo conforme se presentan en la realidad sino también de acuerdo con la descripción típica de los mismos– gozan también de esa característica.

En el caso de la receptación, por ejemplo, la dificultad reside en que los elementos que la ley (art. 447, C.P.), la doctrina y la jurisprudencia han admitido como esenciales de esta conducta, se hallan igualmente presentes en el concepto de lavado de activos dado por el profesor FRANCISCO SINTURA. Así, el ocultamiento o la transferencia de bienes es, en cualquiera de los dos, un proceso. Del mismo modo, tanto en la descripción típica de la receptación como en la definición que nos ocupa, el objeto material de la conducta debe proceder de un hecho ilícito. Y, finalmente, tanto en uno como en otro, se encuentra presente la finalidad de encubrir el origen ilícito del objeto material de la conducta.

De hecho, la imposibilidad de diferenciar al interior de los conceptos indeterminados las conductas de lavado de activos de las constitutivas de favorecimiento o de

receptación, se evidencia si se piensa que en el momento en que el profesor FRANCISCO SINTURA escribió su obra, el lavado de activos no había sido objeto de una tipificación individual expresa en nuestro derecho, sino que su represión debía realizarse a través de la adecuación a los delitos de favorecimiento y receptación, tal y como se regulaban en los artículos 176 y 177 del anterior estatuto penal –Decreto Ley 100 de 1980–.

Debe aclararse que los reparos hechos al concepto propuesto por el profesor FRANCISCO SINTURA son igualmente predicables de todos los demás expuestos anteriormente. Es solo que hemos decidido analizar el concepto indeterminado expuesto por este autor, en primer lugar, porque es un concepto dado con base en nuestra legislación nacional; en segundo lugar, por el hecho de que continúa siendo de gran importancia en los círculos académicos nacionales y, en tercer lugar, porque permite ver las dificultades que importa, especialmente en nuestro sistema jurídico, la adopción de conceptos indeterminados de lavado de activos.

La segunda gran crítica seria a los conceptos indeterminados de lavado de activos expuestos –que puede considerarse una consecuencia de la falencia anteriormente denunciada–, consiste en que ellos resultan extraños a un sistema político liberal volcado hacia el garantismo individual, por la siguiente razón:

Uno de los grandes legados del liberalismo clásico, brillantemente expuesto por MONTESQUIEU, consistió en enseñarnos que "*La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad*"[22]. Esta enseñanza dirimió de un tajo la *aparente* contradicción que surgía cuando se afirmaba que la ley es el principal instrumento de protección a la libertad individual.

En efecto la ley, no obstante prohibir conductas y limitar por esa vía el ejercicio de la autonomía de la voluntad, provee la seguridad que necesitan los ciudadanos acerca de sus derechos y obligaciones, necesaria para adquirir la tranquilidad de espíritu que fundamente su libertad. Por ello una de las principales funciones que cumple el derecho[23] es la seguridad.

---

[22] MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDANT BARÓN DE. *Del espíritu de las leyes*, p. 115.

[23] No obstante que no compartimos plenamente la noción positivista de derecho a la que hemos aludido, creemos innegable que la función del ordenamiento jurídico, dentro de cualquier sistema político, es la seguridad respecto de los derechos y obligaciones ciudadanas.

Scanned by CamScanner

Si la función política más importante del derecho es proveer la seguridad, debemos sostener, en armonía, que cualquier concepto científico que pretenda tener un valor jurídico debe contribuir a solidificar esta función.

Si como demostramos, los anteriores conceptos de lavado de activos no proporcionan por si mismos los criterios necesarios para distinguir este delito de otros similares, debemos concluir que dejan un espació demasiado amplio a la interpretación. Lo que se traduce en un resquebrajamiento de la seguridad, habida cuenta que la calificación jurídica que pueda corresponder a determinado comportamiento dependerá de la formación intelectual del sujeto que aborda la tarea de estudiarla.

Claro esta que, si bien es cierto que existe toda una teoría general sobre el principio de especialidad que podría ayudar a desatar los conflictos originados en la interpretación de estos tipos penales tan similares, creemos que es labor de la ciencia jurídica y de la dogmática penal en particular, adelantar trabajos académicos para pulir delicadamente los contornos conceptuales, en aras de una evolución constante hacia sistemas punitivos más justos y seguros.

1.2. Lavado de activos como concepto fijado

Por oposición a los conceptos indeterminados, y en los propios términos del profesor Claus Roxin[24], "*De concepto fijado cabe hablar cuando su definición puede referirse a elementos individuales determinados, que son captables por la vía de un acto de subsunción objetivamente verificable y con ayuda de los cuales es posible resolver sin más todo supuesto concreto mediante un procedimiento deductivo*".

Los conceptos fijados pretenden explicar con exactitud todos sus elementos, de modo que en su interior se encuadren, ni más ni menos, las características comunes exactas que identifican el grupo de objetos o fenómenos a definir.

Pocos son los intentos en la doctrina extranjera[25] por elaborar un concepto fijado de lavado de activos. Entre ellos encontramos a Víctor Prado Saldarriaga[26], quien considera que el lavado de activos consiste en "*un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país –de modo transitorio o permanente– de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o microtráfico de drogas*".

La sola lectura de este concepto permite identificar de plano algunas de sus debilidades:

a) En primer lugar, limita el lavado de activos a un *conjunto de operaciones comerciales o financieras* con lo cual deja por fuera, entre muchas, una de las formas más simples de lavado de activos como el transporte del dinero obtenido ilícitamente en maletas.

b) En segundo lugar, y no obstante su legítimo intento de integrar un criterio económico al concepto de lavado de activos, limita su definición a la finalidad de incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país los objetos obtenidos ilícitamente, con lo cual desconoce el elemento más característico de este comportamiento, como es la finalidad específica de dar apariencia de legalidad remplazándolo por una finalidad mucho más amplia y discutible, incluso entre los especialistas en economía.

c) En tercer lugar, limita el concepto de lavado de activos a aquellos bienes provenientes del tráfico de drogas, lo que deja por fuera el lavado de activos provenientes del secuestro, terrorismo, hurto, etc.

d) Finalmente, en la definición se sostiene que son susceptibles de blanqueo los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de tráfico de drogas, lo que de inmediato no lleva a preguntarnos: ¿Cómo es posible lavar servicios? Así como existe el dinero sucio, ¿existen los servicios sucios?

Otro intento doctrinario por llegar a un concepto fijado de lavado de activos fue hecho por Andrés Reggiardo[27], quien sostuvo que "*se considera Blanqueo, el acto de ocultar, encubrir la naturaleza, origen y disposición, movimiento o propiedad del producto, incluyendo el movimiento o conversión del mismo por transmisión electrónica*[28].

---

[24] Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 139.

[25] En las obras más destacadas de la doctrina nacional no hemos encontrado aun intentos por fijar conceptos de lavado de activos de este tipo, lo cual no significa, de suyo, que no haya sido intentado por nadie.

[26] Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *El delito de lavado de dinero*. Su tratamiento penal en el Perú, p. 15.

[27] Presidente de la Comisión Primera del Parlamento Andino.

[28] Vid. *Ibidem*. Hernández Quintero, p. 46.

Scanned by CamScanner

Además de la excesiva repetición de términos que hace antitécnico un concepto, puede criticarse, desde el punto de vista metodológico, que el concepto propuesto por este autor, al igual que el de PRADO, se limitó al estudio de una parte del fenómeno social llamado lavado de activos, al circunscribirlo al ámbito de las transferencias electrónicas.

Los conceptos propuestos por PRADO SALDARRIAGA y por REGGIARDO, padecen los vicios que usualmente le son endilgados a los conceptos fijados, esto es, que dado su intento por mantener una excesiva textualidad, pureza del lenguaje y precisión matemática, su aplicación trae consecuencias insatisfactorias, toda vez que deja impune conductas igual o más nocivas que las que finalmente logra abarcar el concepto.

1.3. LAVADO DE ACTIVOS COMO CONCEPTO ABIERTO

No en todos los casos los conceptos indeterminados o los conceptos fijados conducen a consecuencias insatisfactorias; ello depende de la naturaleza de los objetos o fenómenos a definir. Así, el profesor CLAUS ROXIN[29], admite que en el caso de los grupos de fenómenos de contenido cambiante, es decir, en el caso de los fenómenos formados pre-juridicamente y en el caso de los principios regulativos, se hace necesario acudir a los conceptos indeterminados.

Lo que ocurre en materia de lavado de activos, es que dada la gran cantidad y diversidad de las conductas que pueden constituirlo, no es posible acudir a un concepto fijado. Del mismo modo, la necesidad de alcanzar un alto grado de determinación, que permita diferenciarla de otras formas criminales semejantes, hace que los conceptos indeterminados no sean los más convenientes.

Así, es necesario acudir a un punto más o menos intermedio constituido, a nuestro entender, por lo que el profesor alemán llama *conceptos abiertos*. Este tipo de conceptos, según sus propias palabras, se diferencia de las anteriores formas conceptuales por dos peculiaridades, a saber[30]:

a) Acude a un procedimiento eminentemente descriptivo, con lo que deja de lado cualquier intento por dar una definición exacta en una oración, o de dar una idea general. En su lugar intenta describir los rasgos característicos comunes tal y como se observan en la realidad.

b) Incluye dentro de su descripción la alusión a un principio o idea regulativa, con lo cual logra acceder al enjuiciamiento generalizador propio de todo concepto, sin caer en la excesiva abstracción de los conceptos indeterminados.

[29] ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 134.

[30] Ibíd., p. 146.

En este trabajo intentaremos dar un concepto abierto de lavado de activos, tal y como se observará a continuación.

2. NUESTRO CONCEPTO DE LAVADO DE ACTIVOS

Elaboraremos un concepto material del delito de lavado de activos, el cual tendrá una estructura abierta. En consecuencia, procederemos en primer lugar a dar una idea reguladora que permita orientar cualquier reflexión acerca del tema, y a continuación expondremos, una a una, las características comunes que identifican las conductas constitutivas del lavado de activos.

2.1. IDEA REGULADORA

El origen del lavado de activos permite conocer mucho de su esencia. Por ello, resulta de gran ayuda para entender cuál es el núcleo de las conductas constitutivas del lavado de activos y, por consiguiente, la idea reguladora que buscamos, la síntesis realizada por la agencia L'Express en un artículo para la revista *Summa*. En aquel texto sostuvo que:

El término "blanqueo" nos transporta hasta el Chicago de los años veinte. En aquella época, un "financista" compraba una cadena de lavanderías automáticas, donde no se paga sino en efectivo. Cada noche, no tenía más que agregar dinero sucio a las ganancias del día. Antes de declarar al fisco, el dinero era blanqueado de esa forma[31].

Obsérvese que todo el comportamiento de aquel *"financista"* gira en torno al hecho de darle apariencia de legalidad al dinero obtenido ilícitamente. Cuando el agente mezcla dinero sucio con las ganancias diarias de su lavandería automática, no está ocultando el dinero, tampoco se está ocultando él, lo que en realidad está haciendo es ocultar el *origen* ilícito del dinero dándole apariencia de legalidad.

Scanned by CamScanner

Tal y como ocurre en el relato de L'Express, en todos los supuestos de hecho constitutivos de lavado de activos se presenta ese elemento. En consecuencia, la idea reguladora que ha de orientar cualquier reflexión acerca del lavado de activos, y muy especialmente la comprensión de los rasgos comunes que identifican las conductas constitutivas de este ilícito, es la siguiente: ***Incurre en el lavado de activos quien da apariencia de legalidad a objetos cuya fuente es un delito.***

Naturalmente, esta idea reguladora no es capaz de precisar el contenido del lavado de activos como fenómeno delictivo. Como dijera el profesor CLAUS ROXIN, respecto de su propia idea reguladora, esta es tan solo *"un criterio formal, un punto de partida metodológico que desbozaría el camino a la síntesis"*[32]. En otras palabras, este es el eje central a partir del cual desarrollaremos toda la exposición.

La idea reguladora que acabamos de exponer nos servirá para fundamentar todas nuestras críticas a la doctrina tradicional y a la legislación nacional vigente. También será el fundamento de las posiciones adoptadas en este trabajo y, finalmente, esperamos que pueda servir como criterio para determinar, en aquellos casos críticos, si estamos ante un supuesto de lavado de activos o frente a otros fenómenos delictivos.

2.2. PROCEDIMIENTO DESCRIPTIVO DEL LAVADO DE ACTIVOS

Debemos aclarar que tanto el profesor EDUARDO CAPARROS[33] como el profesor ISIDORO BLANCO[34], intentaron enunciar en sus obras los rasgos característicos de este delito. Sin embargo, lo hicieron desde o para fundamentar un concepto formal e indeterminado. Ahora lo haremos, creemos que por primera vez en la doctrina, para construir un concepto material y abierto del delito de lavado de activos.

2.2.1 Es una modalidad de encubrimiento

Anteriormente expusimos de qué manera la amplitud de los conceptos indeterminados de lavado de activos dificultan la labor de diferenciar las conductas constitutivas de este ilícito y las constitutivas de otros delitos. Ahora bien, el hecho que la gran mayoría de conceptos ofrecidos por la doctrina en materia de lavado de activos

[32] Ibíd., ROXIN, p. 43.
[33] Ibíd., CAPARROS, pp. 49 a 75.
[34] Ibíd., BLANCO, pp. 98 a 99.

tiendan a ser indeterminados, ha hecho que por mucho tiempo se discuta acerca de la similitud existente entre los delitos de favorecimiento y receptación y el delito de lavado de activos.

Supra establecimos que el principal motivo que induce al delincuente a desarrollar un negocio ilícito es la expectativa de obtener cuantiosas ganancias. Ahora bien, si esa finalidad de lucro no está acompañada de una alta probabilidad de impunidad, ciertamente no vale la pena delinquir. Es por ello que durante el proceso de planeación del delito, los delincuentes procuran tomar todas las medidas necesarias, tendientes a evitar ser sancionados penalmente.

Para asegurar de alguna forma su impunidad, los delincuentes profesionales a gran escala deben tomar en consideración, entre muchos otros aspectos:

a) Que desde el mismo momento en que las autoridades abordan la investigación de un delito, deben recaudar todo el acervo probatorio necesario para obtener la identificación y condena de los responsables.

b) Que por regla general, los objetos relacionados con el delito (ya sea que hayan servido como instrumento para la comisión del delito, que sobre él haya recaído el hecho punible o que haya sido el fruto del ilícito) se erigen como un importante indicio de responsabilidad penal durante la etapa de juzgamiento, toda vez que permiten vincular a los acusados con el delito. En consecuencia, una parte de la investigación debe estar dirigida a la búsqueda de cualquier objeto que se relacione con el hecho criminal.

Considerando que la función de las autoridades será recaudar evidencia en su contra, y que parte de la investigación se orientará a encontrar objetos relacionados con el delito, el delincuente que pretenda lograr la impunidad deberá, además de ejecutar el delito que le proveerá la ganancia esperada, tomar las medidas necesarias tendientes a evitar ser vinculado al delito a través de algún objeto. En este sentido también se manifiesta el profesor ISIDORO BLANCO CORDERO, cuando explica que:

> *"Los delincuentes se dan cuenta de que la acumulación de grandes cantidades de dinero en metálico puede llamar la atención en relación con su procedencia ilícita. Además, esta acumulación, si no es segura, supone un peligro constante de robo, hurto o incluso embargo"*[35].

[35] Ibídem, BLANCO CORDERO, p. 72.

Scanned by CamScanner

Ahora bien, ese conjunto de las medidas adoptadas por el delincuente, para garantizar de alguna manera su impunidad, son constitutivas del llamado ***encubrimiento***, el cual puede revestir varias modalidades, a saber:

a) Eludiendo personalmente (huyendo) la acción de las autoridades, caso en el cual la dificultad radica en que las autoridades no pueden capturar al responsable del delito, aun cuando lo tengan plenamente identificado y completa prueba de su responsabilidad penal.

b) Entorpeciendo la acción de las autoridades ocultando o destruyendo objetos que fueron utilizados para la consumación del delito y que son evidencia importante para identificar o condenar a los responsables. En este caso, la dificultad consiste en que las autoridades no pueden hallar las armas, herramientas, explosivos, documentos, etc., que fueron utilizados para hurtar, secuestrar, estafar, etc. En consecuencia se dificulta su tarea de identificar a los delincuentes o probar su responsabilidad penal.

c) Entorpeciendo la acción de las autoridades ocultando o destruyendo los objetos sobre los cuales recayó la conducta criminal y que pueden constituir evidencia importante para identificar o condenar a los responsables. En esta circunstancia, las autoridades no pueden encontrar, v.gr. el auto que fue abaleado, los archivos que fueron incendiados, el cuerpo del sujeto asesinado, etc., hecho que dificulta sobremanera demostrar, incluso, la existencia del hecho punible.

d) Entorpeciendo la acción de las autoridades ocultando los objetos que se obtienen como fruto del delito y que, en consecuencia, es importante evidencia de la responsabilidad penal. En esta circunstancia, las autoridades no pueden encontrar, por ejemplo, el auto hurtado, la joya hurtada, el dinero de la extorsión, el fruto del secuestro, etc.

e) Entorpeciendo la acción de las autoridades ocultando el origen ilícito de los objetos que se tienen como fruto del delito (dándoles apariencia de legalidad) y que, por consiguiente, es importante **evidencia de responsabilidad penal.** Creemos que no hay otra forma de ocultar el origen ilícito de unos objetos, más que dándoles apariencia de legalidad. Por consiguiente, no creemos que exista un supuesto de hecho en el cual se oculte el origen ilícito de bienes, sin darles apariencia de legalidad.

   En cuanto a su diferencia con los otros casos de encubrimiento aquí planteados, observamos que en este caso, a diferencia del anterior, las autoridades pueden encontrar el objeto, pero no pueden vincularlo al hecho ilícito, ya que se les ha revestido de un maquillaje de aparente legalidad. V.gr. cuando las autoridades encuentran los billetes marcados que fueron entregados al delincuente como fruto de la extorsión, pero su actual poseedor sostiene que los recibió como fruto de una transacción comercial perfectamente documentada.

f) Entorpecer la acción de las autoridades destruyendo la evidencia que permite vincular a los objetos que se tienen como fruto del delito con los autores del hecho punible. En tal caso, las autoridades pueden haber encontrado los objetos que se tienen como fruto del delito, e incluso pueden tener perfectamente identificados a los delincuentes, pero no pueden conectarlos habida cuenta que la evidencia que los unía fue destruida. Así, por ejemplo, la policía pudo haber encontrado el vehículo hurtado y puede saber quién cometió el hurto del mismo, sin embargo, no puede conectar el vehículo y el delincuente, puesto que las huellas digitales al interior del automóvil fueron limpiadas y los testigos asesinados.

Estas solo son algunas modalidades de encubrimiento expuestas tal y como pueden darse en la realidad, pues en lo que atañe a la forma en que son reprimidas penalmente, o sea, si son sancionadas individualmente o agrupadas de una u otra forma, es asunto que cambia dependiendo de cada legislación. En el caso particular de Colombia, el capítulo del encubrimiento de nuestro Estatuto Penal, solo diferencia entre el favorecimiento y la receptación, agrupando en estos dos tipos penales casi todas las formas de encubrimiento enunciadas.

A nuestro modo de ver, y como lo anotaremos detalladamente más adelante, la forma en que se han consagrado penalmente las diferentes conductas constitutivas de encubrimiento es evidentemente inadecuada. Creemos innecesario mantener dos tipos penales diferentes, uno para la receptación y otro para el lavado de activos, con descripciones típicas tan similares. Además, la descripción típica del lavado de activos existente en nuestro país no es coherente con su naturaleza, lo que dificulta el éxito de una política nacional de profilaxis de este delito. Pero ello es algo que abordaremos con profundidad más adelante.

Baste por ahora sostener que, de acuerdo con la idea reguladora expuesta *supra*, de todas esas modalidades de encubrimiento, la única constitutiva de lavado de activos es la identificada con la letra e), es decir, entorpecer la acción de las autoridades ocultando el origen ilícito de los objetos que se tienen como fruto del delito (dándoles apariencia de legalidad) y que por consiguiente es importante

Scanned by CamScanner

evidencia de responsabilidad penal. En el mismo sentido se expresa el profesor EDUARDO CAPARROS, cuando sostiene que:

> *"Debido a su propia naturaleza, blanquear, lavar, legalizar, regularizar o reciclar capitales supone tanto como ocultar su procedencia, esto es, dotarlos de apariencia de licitud que sea lo bastante convincente como para que las autoridades no puedan demostrar su origen –¡rige el principio de presunción de inocencia! – y, con ello, se frustre la pretensión de los poderes públicos por esclarecer los hechos a partir de los cuales fueron obtenidos"*[36].

Sostener que el lavado de activos es una modalidad de encubrimiento, no es algo nuevo en la literatura jurídico penal. En los términos del profesor CAPARROS, *"Tratando –sin duda– de colaborar a la formación de un ordenamiento penal que responda a tales requerimientos político-criminales, han sido muchas las voces que han abogado, razonadamente, por aproximar las conductas que ahora nos ocupan al ámbito del encubrimiento y, más concretamente, al de la receptación"*[37].

Si bien, siguiendo los razonamientos ya expuestos, la doctrina mayoritaria ha aceptado que el lavado de activos es una modalidad de encubrimiento, aun se discute mucho en torno a su relación con otras figuras similares como el favorecimiento y la receptación. Aun cuando el tema de la autonomía típica del lavado de activos se ha venido discutiendo desde la Convención de Viena de 1988, ese debate no se ha dado partiendo de un estudio material fundamentado en las nuevas teorías del delito, lo que se traduce en el lamentable hecho de que la doctrina no haya tenido ocasión de discutir de un modo universal este tema, ya que cada uno de los autores que aporta a la discusión, fundamenta su posición con base en la descripción típica que su legislación hace de las diversas formas de encubrimiento en general, y del lavado de activos en particular.

No obstante que el contenido del debate no es uniforme, creemos que es posible diferenciar dos grandes tendencia en esta materia: quienes sostienen que el lavado de activos es una forma de encubrimiento[38], y quienes consideran que es un fenómeno delictivo de naturaleza completamente diferente y singular[39]. Al interior de la primera

[36] Ibídem, CAPARROS, p. 253.

[37] Ibídem, CAPARROS, p. 252.

[38] Entre ellos SILVA SÁNCHEZ, ISIDORO BLANCO CORDERO, PAOLO BERNASCONI o MUÑOZ CONDE.

[39] Entre ellos EDUARDO FABIÁN CAPARROS, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ, ALFONSO SERRANO o GAETANO PECORELLA.

tendencia doctrinaria pueden diferenciarse, a su vez, tres posturas: aquellos autores que sostienen que el lavado de activos es una forma de favorecimiento[40], quienes aducen que es una forma de receptación[41] y quienes dicen que es una modalidad de encubrimiento autónoma y completamente diferente a las anteriores. Estas posiciones son fundamentadas, como se dijo, atendiendo a la descripción típica que hace cada legislación respecto de estos delitos.

De hecho, estas vertientes doctrinarias han tenido su reflejo en la forma como las diferentes legislaciones han optado por regular el tema. Así, expone el profesor ISIDORO BLANCO:

> *"El derecho comparado ofrece ejemplos de la descripción de los comportamientos de blanqueo de capitales que llevan a cabo las normas penales de otros países. Estos se pueden clasificar conforme al siguiente esquema: los que contemplan las conductas de blanqueo de capitales como supuesto de receptación*[42]*; los que la incluyen como delitos de favorecimiento; y, finalmente, otros que la tipifican al margen de tales figuras"*[43] (citas fuera del texto original).

No es el caso entrar en este trabajo a exponer el contenido del debate en otros países pues, como se ha repetido tantas veces, ello es relativo a la legislación respecto de la cual se hable. Más sí creemos importante abrir el debate en nuestro país, razón por la cual entraré más adelante a sentar una posición al respecto. Por ahora, nos limitaremos a exponer alguna posición que consideramos atractiva –aun cuando no correcta–, habida cuenta que podría llevar a pensar que el lavado de activos no es una modalidad de encubrimiento.

El profesor EDUARDO CAPARROS, a quien hemos citado en tantas oportunidades, no solo por el hecho de considerar acertadas sus apreciaciones, sino también por ser una de las más importantes autoridades en esta materia, ha sentado una posición –seguida por algún sector de la doctrina española– de la cual nos vemos empujados

[40] Varios autores exaltan la posición de PAOLO BERNASCONI al respecto y citan su obra: *Il Riciclaggio di Fondi*, p. 99.

[41] Véase al respecto: Ibídem. BLANCO CORDERO, ISIDORO, p. 324. También, varios autores exaltan la posición que al respecto defiende el profesor JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS en su obra *El blanqueo de capitales*.

[42] El Código Penal de Dinamarca no habla de lavado de activos sino de *Narcorreceptación*.

[43] Ibídem, BLANCO CORDERO, p. 299.

Scanned by CamScanner

a dirimir en esta oportunidad. A pesar de la afirmación que hemos transcrito *supra* –con lo cual denunciamos desde ya una contradicción al núcleo de su obra– más tarde expone este autor español en su obra que:

> *"En efecto, los actos cuyo estudio ocupó la primera parte de este trabajo* (se refiere a los actos constitutivos del lavado de activos) *no están ordenados –como lo está el favorecimiento, ya sea real o personal– a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de ese modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente".* (negrillas fuera del texto original)[44].

Considera el profesor CAPARROS que el delito de lavado de activos no puede ser tenido como una modalidad de encubrimiento, habida cuenta que su finalidad no es propiamente la de encubrir el origen ilícito de los bienes – aspecto común a todas esas modalidades delictivas– sino la de reinvertir, en el círculo ordinario de la economía, las ganancias obtenidas de la comisión de un hecho punible, finalidad para la cual puede ser necesario ocultar el origen ilícito de aquellos bienes.

Sostiene que aceptar que el lavado de activos es una modalidad de encubrimiento, supone desconocer que tanto uno como otro, obedecen a realidades diferentes aun cuando compartan algunas semejanzas. Concretamente dice que:

> *"Desde nuestro modo de ver el problema, aceptar como premisa de todo razonamiento que el blanqueo no es más que una nueva forma de manifestarse el viejo delito de receptación, de manera que bastaría con efectuar unos ajustes sobre este para que aquel quedara debidamente regulado, constituye un grave error metodológico del que debemos huir. Cierto es que ambos fenómenos comparten algunos rasgos externos –existencia de un delito previo que resulta encubierto, concurrencia de un ánimo de lucro que aspira a ser satisfecho–.(....) De ello no se deduce, empero, que nos encontremos ante dos realidades semejantes cuya regulación jurídica se deba fundar sobre un sustrato común"*[45].

[44] Ibídem, CAPARROS, p. 262.

[45] Ibídem, CAPARROS, p. 261.

Para él, el error metodológico que denuncia se haya en que quienes consideran el lavado de activos como una modalidad de encubrimiento, intentan regularlo penalmente desde una óptica eminentemente dogmática, dejando de lado consideraciones criminológicas importantísimas. Textualmente manifiesta que:

> *"Así pues, de lo que se trata una vez más es de aceptar los handicaps del Derecho, que sólo es –o, al menos, debería ser– un instrumento destinado a la resolución de los conflictos sociales, y no un sistema cerrado que se mantiene de espaldas a lo que ocurre en el seno de la comunidad. Sintetizando: la regulación de un nuevo fenómeno como es el blanqueo no debe elaborarse mirando hacia el Código Penal –hacia la norma preexistente–, sino hacia la sociedad, hacia el problema que debemos regular, pues solo si conocemos su significación real estaremos en condiciones de elaborar leyes eficaces y democráticas"*[46].

Ya hemos dicho con antelación que compartimos la opinión que la regulación penal de los fenómenos delictivos deben partir de la indagación de su real contenido como fenómenos sociales. Por ello, nuestra principal objeción a la postura de este autor español apunta a su interpretación del lavado de activos como fenómeno criminal[47].

No compartimos la opinión que el encubrimiento no es la principal finalidad del lavado de activos, sino la de reinvertir el producto de un hecho ilícito en el mercado. Creemos que esta es una afirmación que no consulta la realidad de este fenómeno criminal, por varias razones:

a) La realidad nos muestra que si los delincuentes toman el dinero obtenido como fruto del ejercicio de una actividad ilícita y lo invierten en títulos valores, inmuebles, empresas o en cualquier otra forma de activos, no es con la finalidad de multiplicar la utilidad e incrementar la cantidad de capital acumulado, sino de ocultar su verdadera procedencia hecho que en realidad ha sido generalmente aceptado por toda la comunidad internacional. Es más, la práctica nos muestra de qué forma los delincuentes están dispuestos a soportar enormes

[46] Ibídem, CAPARROS, p. 261.

[47] Debe aclararse que son muchas más las razones expuestas por el profesor español para fundamentar su tesis, pero solo nos detendremos en esta, ya que las demás parten de la particular manera como se ha tipificado el lavado de activos, el favorecimiento y la receptación en la legislación española.

Scanned by CamScanner

pérdidas con el fin de encubrir el origen ilícito de sus bienes, pues de otra forma no se explica el por qué de procedimientos de lavado tan desventajosos para los criminales como el de compra de billetes de lotería ganadores, en el que ellos asumen frente al ganador el coste que impone los impuestos de ganancias ocasionales.

Prueba de ello es el hecho que todos los instrumentos internacionales existentes no se limitan a reprimir la inversión, transporte, adquisición, venta, etc., de bienes procedentes de actividades ilícitas, sino que además exigen que esos actos tengan la finalidad específica de servir como medio para ocultar su origen ilícito[48].

b) Las empresas criminales son mucho más lucrativas que las empresas lícitas, habida cuenta que el coste que impone el desarrollo de un delito siempre será menor que el coste que impone desarrollar una actividad lícita. En consecuencia, no tiene sentido que el delincuente, habiéndose ya expuesto a los peligros que supone para él el desarrollo de una actividad ilícita, tome todas las ganancias obtenidas como fruto del delito para invertir en una empresa lícita, contentándose con la utilidad –sustancialmente inferior– que esta le provee y soportando los costes que su ejercicio le impone.

c) Menos sentido adquiere la postura que criticamos, si se piensa que la realidad nos muestra que el lavado de activos es propio de las empresas criminales y no de la delincuencia común aislada[49]. Luego las utilidades derivadas del ejercicio de actividades delictivas siempre será destinada, por una parte, a financiar los costes que supone el desarrollo de la empresa criminal y por otro a satisfacer los no poco lujosos caprichos de los miembros de la organización[50].

---

[48] El literal b) numeral 1° del artículo 3° de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988 (incorporado al ordenamiento colombiano mediante la Ley 67 de 1993), que es el instrumento internacional más importante en materia de lavado de activos, por ejemplo, dispuso que las partes deberían adoptar las medidas necesarias para tipificar: *La conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados en el inciso a) del presente pardgrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes (....).* De esa misma forma ha sido propuesta la tipificación de este delito en el *Convenio sobre Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Confiscación del Producto de los Delitos* celebrada en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 en el seno del Consejo de Europa.

[49] Ver en este sentido: Ibídem, *Summa*, Ed. 86. 57.

[50] Piénsese, por ejemplo, en las ya míticas haciendas pertenecientes a las mafias del Cartel de Medellín y de las mafias sicilianas.

d) Finalmente –y creemos que esta es la razón más importante para disentir de la opinión propuesta por el profesor español EDUARDO CAPARROS– existen supuestos de lavado de activos en que no es necesario el ingreso de los bienes ilícitos al círculo económico legal. Piénsese por ejemplo en el antecedente expuesto por L'Express ya comentado anteriormente. En tal caso, una vez el *"financista"* ha mezclado en debida forma (inflando las cifras de los asientos contables y declarando y pagando al fisco impuestos incluso por aquel efectivo mal habido) el dinero ilícito con las utilidades producidas en el día por su lavandería automática, el proceso de lavado ha culminado exitosamente, pues aun cuando decida guardar todo el efectivo en una caja, este tendrá apariencia de legalidad.

En resumen, el eje en torno al cual gira nuestro debate con ese sector de la doctrina, es la finalidad para la cual se acude al lavado de activos. Para ellos, si el sujeto al realizar el delito previo, del cual provienen los activos, lo hace casi que exclusivamente motivado por la expectativa de utilidad, es apenas razonable que busque los mecanismos para utilizar o gastar en su provecho esos activos; de otra forma, se vería frustrada la utilidad que lo indujo a arriesgarse a delinquir y todo lo hecho no habría tenido sentido. En ese orden de ideas, la finalidad de lavar los activos es poder materializar la utilidad esperada incorporando los bienes ilícitos al círculo ordinario de la economía.

Como hemos dicho, no creemos acertada esta postura, pues el delincuente puede utilizar en su provecho propio los activos – o en el caso del dinero, gastarlo – una vez los tenga en su poder. El puede reingresarlos al círculo ordinario de la economía de inmediato, solo que no lo hace porque sabe que esa utilización llamaría la atención de las autoridades y lo pondría en grave riesgo de ser capturado. En consecuencia, debe dar apariencia de legalidad a los bienes antes de utilizarlos en su provecho, pues recordemos que la expectativa de beneficio que motiva el crimen, se encuentra moligerada en la psiquis del delincuente por la necesidad de impunidad. En otras palabras, el delincuente quiere obtener el provecho del delito pero disfrutarlo en la impunidad, sin necesidad de estar huyendo indefinidamente.

Si ello es así, no cabe duda que la finalidad del lavado de activos es encubrir el delito previo para poder, en medio de la impunidad, incorporar en el círculo ordinario de la economía los bienes obtenidos ilícitamente.

Para concluir, queremos dejar sentado claramente que la naturaleza del lava 'o de activos como fenómeno delictivo, nos permite afirmar que es una modalidad de

Scanned by CamScanner

encubrimiento que se caracteriza, a diferencia de las demás, porque en ella –dicho encubrimiento– se realiza dando apariencia de legalidad a los bienes obtenidos ilícitamente.

Por ahora nos limitamos a diferenciar el lavado de activos de otras formas de encubrimiento, de una forma genérica, pues respecto a la cuestión de si es una modalidad de favorecimiento, una modalidad de receptación o una forma de encubrimiento completamente independiente, ello es asunto que analizaremos más adelante. Hasta aquí simplemente observemos cómo un concepto abierto nos da la posibilidad de hallar, con la ayuda de una idea reguladora y de componentes descriptivos, elementos para diferenciar el lavado de activos de otras formas de encubrimiento aspecto que, como expusimos anteriormente, no era posible con los conceptos indeterminados.

2.2.2. *El lavado de activos es un proceso*

Dar apariencia de legalidad a bienes provenientes de actividades ilícitas no es una tarea sencilla. Supone un alto grado de sofisticación delictiva y una serie de conocimientos profesionales en materia jurídica, financiera y contable. Adicionalmente, en no pocas oportunidades, implica poner en marcha mecanismos tendientes a engañar funcionarios públicos con conocimientos especializados en su materia.

Es un asunto generalmente aceptado por todos los autores que tocan la materia, que el lavado de activos no es un fenómeno delictivo que pueda tener lugar con la realización de un solo acto humano. En realidad, el blanqueo de capitales supone el desarrollo de una secuencia de actos directa y reflexivamente encaminados a dar apariencia de legalidad. Por ello, la doctrina se ha interesado sobre manera en el desarrollo de modelos que permitan segmentar en fases el procedimiento seguido por los lavadores para obtener su finalidad.

Además de ser un proceso, el lavado de activos puede ser realizado de múltiples maneras, tantas que solo halla su límite en el ingenio de la mente criminal. Como consecuencia de ello, la tarea de elaborar un modelo, científicamente admisible, que permita dividir el proceso de lavado de activos en varias fases o etapas no es nada fácil, pues este debe permitir un grado de generalización tal que, sin importar el procedimiento abordado por el delincuente, en este puedan ser igualmente identificables las fases o etapas de que consta el modelo.

Hasta el momento, ninguno de los modelos elaborados por la doctrina, ni siquiera los más generales, han logrado llenar este requerimiento científico, habida cuenta que –en los términos del profesor CAPARROS– *"resulta fácil comprobar cómo las distintas etapas se solapan en muchas ocasiones e incluso coinciden"*[51].

Creemos que todos los modelos hasta ahora propuestos tienen un valor eminentemente académico en gracia al esfuerzo por sistematizar el estudio de un fenómeno tan complicado como el que nos ocupa, pero su valor científico y su valor jurídico es bien limitado. En consecuencia, no ahondaremos el estudio sobre los diferentes modelos propuestos, limitándonos a mencionar, someramente, los rasgos distintivos de los más importantes.

El modelo más conocido y estudiado es el propuesto por el Grupo de Acción Financiera (GAFI)[52]. Este modelo cuenta básicamente con tres fases, a saber:

Fase de colocación. En esta fase se desarrollan todos los actos idóneos para recolectar el dinero en efectivo y ponerlo lo más lejos posible del lugar de su obtención –lugar en el que generalmente también se cometió el delito de cuya fuente provienen–, evitando, de esa manera, que la acumulación de grandes cantidades de efectivo llame la atención de las autoridades locales.

Fase de ocultación. Se trata de ocultar el capital mientras tiene lugar su lavado en sentido estricto. Consiste, básicamente, en una serie de actos tendientes a movilizar los bienes de tal forma que se acumule sobre ellos una gran multiplicidad de operaciones ensombreciendo su origen ilícito. De esa forma, si bien no se logra dar apariencia de legalidad a los bienes, se logra sustraerlos temporalmente al control de las autoridades mientras que la última fase tiene lugar.

Fase de integración. En esta fase, los bienes se integran a toda la estructura creada para explicar la procedencia, supuestamente lícita, de los mismos. Por lo general los delincuentes han creado con antelación y durante la fase de ocultación, una fachada que permite explicar la procedencia de los bienes como si fueran el fruto de una actividad lícita. De ese modo, durante esta última etapa, los bienes son integrados a esa fachada y mostrados como si tuvieran fuente en una operación o actividad normal del mercado.

---

[51] Ibídem, CAPARROS, p. 53.

[52] GAFI. *La lucha contra el blanqueo de capitales.*

Scanned by CamScanner

La sencillez de este modelo resulta muy atractiva, además, a primera vista, parece que puede ser observable en cualquier modalidad de lavado de activos. Sin embargo, ello no es así. Existen varios supuestos en los que resulta imposible diferenciar si hablamos de fase de ocultación o de fase de integración.

Piénsese solo en aquellas operaciones bursátiles en las cuales se transan activos financieros a un precio acordado entre las partes. En tal caso, el delincuente puede enajenarlos oficialmente por mayor valor al de compra, y extraoficialmente a un menor valor. Con ello, logra dar apariencia de legalidad al valor resultante de la diferencia entre el valor real de compra y el valor declarado[53].

Lo interesante de este ejemplo es diferenciar en la práctica si la transacción bursátil realizada obedece a la fase de ocultación o de integración, o a las dos, hecho este que lleva a casi todos los autores –pero especialmente al propio GAFI– a aclarar que las etapas expuestas pueden darse por separado, simultáneamente o superpuestas[54].

PAOLO BERNASCONI ha realizado al menos dos propuestas de modelos de compresión del lavado de activos. Dichos modelos han sido sistematizados en Alemania por MÜLLER, a quien no hemos podido acceder directamente por varias razones, y en España por ISIDORO BLANCO CORDERO[55], cuya sistematización expondremos superficialmente.

BERNASCONI, al decir de BLANCO, ha propuesto dos modelos que han sido bien recibidos especialmente en Suiza y Alemania. El primero de estos modelos, llamado por este autor español *de fases*, distingue entre el blanqueo de capitales de primer grado –en que se le proporciona a los bienes la apariencia de legalidad– y el blanqueo de capitales de segundo grado (también llamado por su autor como: *reciclado*) –en el que los bienes son posterior y paulatinamente alejados de su fuente hasta que sea imposible su conexión con el delito del cual provienen–.

En segundo de los modelos propuesto por BERNASCONI se hacen dos distinciones: una desde el punto de vista territorial, que diferencia el país en el cual tuvo lugar el

[53] Esta modalidad de lavado de activos se explicará con detalle más adelante.
[54] Ibídem. GAFI, p. 91.
[55] Ibídem, BLANCO CORDERO, p. 60.

comportamiento delictivo y del cual provienen los fondos, del país en el cual tuvo lugar el blanqueo de capitales. Y otra desde el punto de vista temporal, en el cual diferencia las operaciones de corto plazo –que según expone el autor se presentan en la fase de blanqueo de primer grado en la que el dinero necesita con urgencia deshacerse de su origen ilícito– de las operaciones de largo plazo –presentadas en la fase de blanqueo de segundo grado donde el blanqueo de primer grado da el tiempo suficiente para planear y ejecutar con calma el reciclado–.

No compartimos los planteamientos de BERNASCONI, tal y como fueron expuestos por BLANCO, puesto que no cumplen los requerimientos ya explicados *supra*. En efecto, respecto de su primer modelo, creemos que su distinción no acompasa con la finalidad sistematizadora de los modelos con la realidad del fenómeno del blanqueo de capitales. Así, si la finalidad de un modelo es dividir el lavado de activos en etapas para su mayor comprensión, no resulta lógico que exponga como primera fase el conjunto de actos que permiten a los bienes liberarse de su origen ilícito, puesto que ello por naturaleza es blanquear bienes y en consecuencia el proceso a través del cual se logra ello, queda sin explicar.

Respecto del segundo modelo propuesto, debe notarse que parte de la base de que el lavado de activos es un delito internacional. Aunque ello es cierto y es la regla general, la realización de operaciones internacionales no es un presupuesto *sine qua non* para que se presente el delito de lavado de activos. Muchos son los casos en que el dinero es blanqueado al interior de un mismo país.

ZÜND, ACKERMANN[56] y muchos otros autores también han elaborado sus propios modelos. Sin embargo, y dado que no es el objeto de este trabajo, no es el caso entrar a exponer sus modelos y las razones que nos llevan a disentir de ellos. Baste por el momento utilizar los modelos del GAFI y de BERNASCONI para demostrar de qué manera la doctrina ha asumido el lavado de activos como un proceso.

2.2.3. *El objeto del lavado de activos es su origen ilícito*

De suma importancia resulta la determinación del objeto sobre el cual recaen las conductas constitutivas del lavado de activos, habida cuenta que ello es esencial para establecer el bien jurídico lesionado.

[56] Ibídem, BLANCO CORDERO, pp. 65 y 66.

Scanned by CamScanner

En la mayoría de textos acerca del lavado de activos, cuando se aborda el tema del objeto material de la conducta, los autores se limitan a hacer una exposición desde una perspectiva exclusivamente dogmático-penal, particularmente, estudiando en forma detallada el objeto del tipo penal del lavado de activos, tal y como ha sido consagrado en la respectiva legislación.

Solo para mencionar un ejemplo, es posible leer en los textos de ISIDORO BLANCO[57], de FABIÁN CAPARROS[58], de JUANA DEL CARPIO[59] y de muchos otros autores que nos han servido de guía, profundos estudios acerca del objeto material del lavado de activos. Sin embargo esas exposiciones, en sus casos particulares, están elaboradas sobre la base de la redacción de los artículos 301,1 y 301,2 del Nuevo Código Penal español. De tal forma que lo que allí se dice debe recibirse con beneficio de inventario por la doctrina internacional, habida cuenta que no todas las legislaciones contemplan de igual forma el objeto material del lavado de activos.

Desde el principio de esta exposición, cuando sentamos los fundamentos metodológicos, manifestamos que intentaríamos elaborar un concepto material del delito de lavado de activos y que, por consiguiente, debíamos limitarnos a recoger tan solo aquellos rasgos comunes que caracterizan el grupo de conductas constitutivas de este ilícito, siempre que su verificación dependa de condiciones eminentemente objetivas. Ello nos obliga a separarnos de la forma en que la doctrina tradicional ha estudiado el objeto material para desarrollar nuestras indagaciones sobre su realidad ontológica.

En consecuencia no es de importancia, desde la perspectiva en que vamos a tratar el asunto del objeto material, la forma en que ha sido descrito por la legislación penal colombiana. Ello se hará con posterioridad. Por ahora, solo nos interesa extraer de la observación del fenómeno delictivo de lavado de activos, aquel objeto sobre el cual recae realmente la conducta.

Más, no debemos confundir el objeto de la conducta típica con los objetos que se derivan de ella. Nótese que el asesino a sueldo, al cometer el delito de homicidio a cambio de una contraprestación pecuniaria, incurre en un delito cuyo objeto es la

[57] Ibídem, BLANCO, pp. 205 a 296.

[58] Ibídem, CAPARROS, pp. 288 a 302.

[59] Ibídem, DEL CARPIO, pp. 87 a 157.

persona cuya vida toma en sus manos, sin embargo, de ese comportamiento se derivarán a la postre otros objetos, constituidos principalmente por la remuneración que se le pagará a cambio del ilícito. Distinción que es importante puesto que explica el por qué de la procedencia de la extinción de dominio o de figuras procesales tan comunes como el comiso, respecto de bienes derivados del delito de lavado de activos.

Si hacemos una lectura rápida de la manera como ha sido comprendido el lavado de activos en el derecho comparado encontraremos que, en cuanto se refiere al objeto material de la conducta, es posible diferenciar al menos dos grandes tendencias: de un lado, quienes sostienen que el objeto sobre el cual recae la conducta del lavado de activos está constituida por aquellos bienes (dinero, joyas, arte, etc.) cuyo origen ilícito ha de ocultarse[60], y por otro lado, quienes afirman que el objeto sobre el cual recaen las conductas constitutivas del lavado de activos es el *origen ilícito* de los bienes[61].

En esos términos es posible sentar las bases de un debate con interesantes diferencias conceptuales, pues mientras los primeros proponen un objeto real, los segundos defienden la existencia de un objeto fenomenológico. Pero antes de adoptar una u otra posición, debemos reflexionar un poco acerca de los contornos del objeto de las conductas constitutivas del lavado de activos.

Por objeto entendemos: cualquier cosa, material o inmaterial, que centra en determinado momento la atención de la conciencia, de manera efectiva o intelectual, y que existe al margen de dicha conciencia[62]. Con base en ello y sin profundizar mucho en este punto –ya que no es el tema de nuestra exposición– debemos decir que en materia penal, el objeto de la conducta delictiva es aquella persona o cosa (material o inmaterial), que centra la atención de la conciencia del delincuente y, por

[60] El artículo 301,1 del C.P. español dispone que: *El que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave (...).* Otras codificaciones que también describen el lavado de activos con objeto material real son: el 261 StGB Alemán, la Sección 462 (31) CC de Canadá, artículo 191 del Código Penal de Dinamarca y el artículo 648 bis del Código Penal italiano.

[61] Entre estas legislaciones encontramos: el artículo 301,2 del C.P. español, que sostiene: *La ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen., ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos (...).* En este mismo sentido es posible observar el artículo 222-38, Código Penal francés y artículo 8-1 del Código Penal de Luxemburgo.

[62] Enciclopedia Grijalbo, p. 1332.

Scanned by CamScanner

consiguiente, sobre la cual recae el comportamiento del agente, padeciendo los efectos del mismo[63].

Si decimos que el objeto de la conducta es aquello que llama la atención del agente para determinar cuál es el objeto de las conductas constitutivas del lavado de activos debemos preguntarnos: ¿Qué cosas, materiales o inmateriales, llaman la atención del delincuente, al punto de llevarlo a actuar sobre ellas? Particularmente, y habida cuenta de la orientación internacional en esta materia, la pregunta concreta sería ¿Qué llama la atención del lavador: el origen de los bienes o los bienes mismos?

Para responder a esta pregunta debemos acudir a una síntesis de lo que hemos concluido hasta aquí:

a) De una parte, sostuvimos que nuestra idea central reguladora nos indica que: *Incurre en el lavado de activos quien da apariencia de legalidad a objetos cuya fuente es un delito.*

b) De igual forma, *supra* aclaramos que no cabe duda que la finalidad del lavado de activos es encubrir el delito previo para poder, en medio de la impunidad, incorporar al círculo ordinario de la economía los bienes obtenidos ilícitamente.

c) Y además concluimos que, en cuanto a la diferencia del lavado de activos frente a los otros casos de encubrimiento, observamos que en él las autoridades pueden encontrar el objeto, pero no pueden vincularlo al hecho ilícito, ya que se les ha revestido de un maquillaje de aparente legalidad.

Ahora bien, siendo coherente con la sistemática de esta exposición, debemos inclinarnos a sostener que el objeto sobre el cual recaen las conductas constitutivas del lavado de activos es el *origen ilícito* de los bienes pues, como hemos venido sosteniendo, el mayor problema del delincuente no son los bienes en cuanto tales, pues al fin y al cabo estos son la recompensa por la cual se arriesgó a delinquir. El verdadero problema del delincuente es el origen de esos bienes, ya que es éste el que lo puede incriminar.

[63] No debemos caer en el error de llamar *objeto de la conducta* a aquellas cosas o personas que llaman la atención de los observadores de un fenómeno delictivo. Lo que en realidad constituye el objeto de la conducta es la persona o la cosa que llama la atención del agente –no del observador del fenómeno delictivo–, de tal manera que, para determinarlo con veracidad, debemos ponernos en su situación.

Obsérvese que al delincuente poco le importa ser descubierto con los bienes ilícitos en su posesión, siempre que pueda dar una explicación creíble respecto de su origen. De hecho, una de las finalidades de lavar los bienes es poder disfrutarlos en medio de la impunidad. El delincuente quiere tener autos lujosos, casas, apartamentos, joyas, ir a sitios públicos donde sea admirado por su poderío económico, ser aceptado socialmente, etc. El delincuente profesional que acude al lavado de activos, lo hace porque no desea obtener el provecho ilícito y darse a la fuga indefinidamente. En pocas palabras, el delincuente que lava dinero lo hace porque desea, en mayor o menor medida, hacer público el botín sin sufrir consecuencias penales.

De este modo, lo que verdaderamente llama la atención del delincuente, y que a la postre constituye la cosa inmaterial sobre la cual recae su comportamiento, es el origen de los bienes y no los bienes mismos.

Quienes sostienen que el objeto de la conducta son los bienes materiales obtenidos ilícitamente, no diferencian apropiadamente dos fenómenos delictivos similares: el lavado de activos y la receptación, diferencia que resulta esencial para entender la postura que aquí defendemos, como quiera que permite limitar los contornos del fenómeno delictivo que nos ocupa.

De la misma manera que la doctrina abordaba el tema del objeto material del lavado de activos desde una óptica exclusivamente dogmático-penal, cuando asume el tema de la distinción entre el lavado de activos y la receptación, lo hacen comparando dos tipos penales y no dos fenómenos delictivos.

Por ello, son muchos los autores que encuentran múltiples diferencias entre uno y otro, pero todas ellas están referidas a la forma como la legislación que estudian ha descrito cada uno de los delitos. Nosotros, que intentamos elaborar un concepto material del delito de lavado de activos, debemos entonces emprender la tarea de diferenciarlo de la receptación, pero no como tipos penales, sino como comportamiento humanos jurídico-penalmente relevantes.

Sin entrar a elaborar también un concepto material del delito de receptación, vamos a sostener que el elemento que lo diferencia del lavado de activos, es el objeto sobre el cual recae el comportamiento humano. En la receptación, el encubrimiento se materializa entorpeciendo la acción de las autoridades ocultando los objetos que se obtienen como fruto del delito y que en consecuencia es importante evidencia de la responsabilidad penal.

Scanned by CamScanner

En resumen, mientras en la receptación –como fenómeno delictivo– el agente procura ocultar los bienes, en el lavado de activos –como fenómeno delictivo– el agente procura ocultar el origen de los bienes[64].

Para terminar, vamos a concluir que el objeto sobre el cual recaen los comportamientos constitutivos del lavado de activos es el origen ilícito de los bienes.

2.2.4. *No procede respecto de hechos ilícitos no delictuales*

Si bien concluimos que el objeto sobre el cual recae el lavado de activos es el origen ilícito, debemos aun establecer el origen de qué clase de bienes es susceptible de ser lavado, o lo que es lo mismo, cuáles activos tienen un origen susceptible de ser lavado. Al respecto, cabe hacer varias distinciones.

Es común que los medios masivos de comunicación se refieran indistintamente al lavado de activos y al blanqueo de capitales, para designar con cualquiera de esos términos a un mismo conjunto de comportamientos humanos directa y reflexivamente encaminados a encubrir el origen ilícito de ciertos bienes. Sin embargo, algún sector de la doctrina, bastante nutrido, ha considerado que esta sinonimia conceptual resulta antitécnica.

Un sector importante de la doctrina argentina expone que el primer paso para diferenciar el lavado de activos del blanqueo de capitales consiste en diferenciar el dinero sucio del dinero negro. Para ella, el dinero negro es aquel que no obstante haber sido obtenidos en ejercicio de una actividad lícita, ha sido sustraído al control fiscal y, por consiguiente, el pago de tributos respecto de él ha sido evadido. Por su parte, a diferencia del dinero negro, el dinero sucio sí tiene origen en un hecho punible[65]. Hecha esta distinción, sostiene que el dinero negro se blanquea y que el dinero sucio se lava.

---

[64] Otra será la diferencia desde el punto de vista del análisis dogmático penal que se haga a la forma como, en una determinada legislación, se describen típicamente estos delitos. Como es lógico, no faltarán legislaciones en las que no existan diferencias. Más lo importante aquí, es reconocer que independientemente de la descripción típica que se haga, el legislador no puede cambiar la naturaleza de las cosas y por lo tanto el lavado de activos y la receptación, como fenómenos sociales que son, no pueden ser modificados por una ley. De tal manera que su verdadera comprensión se da en el ámbito criminológico y no en el dogmático penal. sin demeritar con ello la importancia que esta última forma de análisis tenga.

[65] En el mismo sentido ver: Ibídem, CAPARROS, p. 55, o Ibídem, BLANCO CORDERO, p. 93.

No obstante ser muchos y muy importantes los autores que comparten esta posición, pareciera a veces un poco artificiosa la distinción; más debemos admitir que tiene mucho sentido si se estudian a profundidad los diferentes efectos que tienen el blanqueo y el lavado, así como la diferente postura que debe asumir el Estado frente a cada uno de ellos.

En los términos del profesor MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, mientras el lavado de activos es profundamente nocivo para la sociedad, el blanqueo de capitales puede resultar beneficioso, pues sin duda significa que aquellos bienes que fueron sustraídos del control fiscal, serán nuevamente reencausados para tributar sobre ellos, lo que supone que el Estado podrá contar nuevamente en sus arcas con recursos para cumplir sus funciones constitucionales[66]. Esta afirmación lleva a EDUARDO CAPARROS a sostener que, *"el ordenamiento jurídico no debería castigar el blanqueo de dinero negro, sino encauzarlo e incluso promoverlo, dado que la completa obstaculización del mismo sería incongruente con una elemental y necesaria política orientada a luchar contra la evasión fiscal"*[67].

Desde ya manifestamos que debemos compartir la distinción planteada por ser muy razonable y difícil de contradecir, al punto que hemos de concluir que el lavado de activos solo es posible respecto de aquellos bienes que tienen un origen ilícito y no respecto de aquellos bienes obtenidos en ejercicio de una actividad lícita pero sustraídos del control fiscal.

Ahora bien, admitir una postura como la que hemos asumido ya, distinguiendo entre blanqueo y lavado de activos, tiene una consecuencia jurídica importantísima, y es que ella abre la puerta de un debate aun más intenso y para nada tranquilo entre los diferentes autores. Este tiene que ver con la pregunta de si los bienes deben proceder de actividades ilícitas delictivas o si también pueden proceder de actividades ilícitas no delictivas. Así, cabe preguntarse si el origen de los bienes obtenidos mediante una infracción civil, laboral o administrativa también es susceptible de lavado.

Pensemos por un instante en el siguiente ejemplo: A, de forma libre, espontánea y sin ninguna presión, entrega a B la suma de $100 pensando erróneamente que se los debía. Días más tarde A descubre que ha hecho un pago de lo no debido a B y acude a éste para que se los devuelva. B niega haber recibido los $100 y como

---

[66] BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Política criminal y reforma penal*, p. 148.

[67] Ibídem, CAPARROS, p. 58.

Scanned by CamScanner

sabe que A lo demandará civilmente, realiza una serie de operaciones para hacer parecer que los $100 provienen de un negocio con la sociedad C, que en realidad no existe.

Como se observa, los $100 no han sido obtenidos por B a través de la realización de un hecho punible. Sin embargo, B se ha enriquecido injustificadamente incumpliendo un cuasicontrato civil –pago de lo no debido–. En consecuencia, la pregunta es: las operaciones realizadas por B para ocultar el verdadero origen de los $100 y darles una apariencia de legalidad, ¿son constitutivas de lavado de activos? Para dar respuesta a semejante interrogante, debemos acudir nuevamente a los caracteres ontológicos del concepto material del delito de lavado de activos que hemos admitido. *Supra*, al discutir los rasgos esenciales del lavado de activos, sostuvimos que este tenía la finalidad de entorpecer la acción de las autoridades ocultando el origen ilícito de los objetos que se tienen como fruto del delito (dándoles apariencia de legalidad) y que por consiguiente es importante evidencia de responsabilidad penal.

De lo anterior se infiere que el lavado de activos, como modalidad de encubrimiento que es, tiene una relación instrumental respecto del hecho previo, ya que este sirve para evadir la responsabilidad penal del autor de aquel[68]. De nuestras conclusiones previas también podemos deducir que el desvalor del lavado de activos, obedece a que impide a las autoridades judiciales aplicar las sanciones penales previstas, y con ello reprimir conductas profundamente lesivas para la comunidad.

Ahora bien, del hecho que el lavado de activos tenga una vinculación instrumental con el ilícito previo y que su desvalor obedezca a que se erige como una obstaculización a la adecuada administración de justicia, se desprende que entre el grado de desvalor del hecho ilícito previo y el desvalor del lavado de activos existe una relación de directa proporcionalidad, de tal manera que a medida que aumenta el desvalor del hecho ilícito previo también aumentará el desvalor del lavado de activos. De allí que podamos sostener que encubrir mediante el lavado de activos un ilícito no delictivo tiene un menor desvalor social que encubrir mediante el lavado de activos un hecho ilícito delictivo.

[68] En esta línea, también puede hablarse de una conexidad paratáctica ente el delito previo y el lavado de activos, pero ello merece una explicación adicional que por razones metodológicas hemos preferido

De otra parte, cuando aclaramos los fundamentos metodológicos de este concepto, le hicimos alusión al *ius puniendi*, sostuvimos que éste no era ilimitado, sino que debía reservarse para aquellas conductas cuya configuración las hiciera jurídico-penalmente relevantes. Allí mismo, aclaramos que las conductas jurídico-penalmente relevantes son aquellas que lesionan gravemente bienes jurídicos.

Además de estas dos conclusiones anteriores, para resolver nuestro interrogante debemos tener presente que el Estado ha considerado que las infracciones civiles, laborales, administrativas, etc., y en general toda forma de hechos ilícitos no delictivos, no tienen un grado de lesividad –a bienes jurídicos– suficiente para ser incorporadas dentro del catálogo de conductas punibles, motivo por el cual no ha hecho uso del *ius puniendi* para tipificarlas expresamente. Por consiguiente su realización es reprimida a través de otros instrumentos de control social diferentes al derecho penal.

Si decimos que existe una relación de directa proporcionalidad entre el desvalor del hecho previo y el desvalor del lavado de activos, y además decimos que el Estado considera que los hecho ilícitos no delictivos no tienen el suficiente desvalor para que respecto de ellos se haga uso, el *ius puniendi*; entonces el lavado de activos proveniente de hechos ilícitos no delictivos tampoco tiene suficiente desvalor para ser considerado delito en sentido material y, por lo tanto, tampoco ha de ser reprimido penalmente.

En consecuencia, a la pregunta de si el origen de los bienes obtenidos mediante una infracción civil, laboral o administrativa también es susceptible de lavado, debemos responder que los comportamientos a través de los cuales se da apariencia de legalidad a bienes provenientes de hechos ilícitos no delictivos, no cabe dentro del concepto material del delito de lavado de activos que estamos elaborando, pues tales comportamientos no pueden considerarse realmente como delitos, habida cuenta que su desvalor social no es suficiente para que el Estado haga uso del *ius puniendi* y los reprima penalmente. Ello debido a que dar apariencia de legalidad a bienes procedentes de hechos ilícitos no delictivos es un comportamiento jurídico-penalmente *irrelevante*[69].

[69] El hecho que no tenga relevancia en la órbita penal no significa que no pueda ser susceptible de

Scanned by CamScanner

2.2.5. *Aplicación del privilegio de autoencubrimiento*

Algún sector de la doctrina que ha estudiado a profundidad el injusto respecto de las conductas punibles que se encuentran cobijadas bajo la figura del encubrimiento, ha sostenido que la coexistencia –en los sistemas jurídico penales– del derecho a la no autoincriminación y del principio del *non bis in idem*[70], permiten concluir que el *autoencubrimiento* de un delito es impune. En las palabras de la profesora JUANA DEL CARPIO[71], quienes se adhieren a esta tendencia *"entienden que, como principio general, los actos de aprovechamiento de un delito en cuya ejecución se ha intervenido son actos posteriores impunes por consunción"*[72].

Siguiendo de cerca los planteamientos de esta tendencia doctrinaria, y considerando que hemos sostenido en repetidas ocasiones que el lavado de activos es una modalidad de encubrimiento, podríamos preguntarnos con toda tranquilidad si, al amparo del privilegio general de autoencubrimiento, el autor del delito previo puede o no ser también autor del lavado de activos.

La pregunta cobra aun mayor importancia si recordamos que:

a) Ha hecho carrera en la doctrina tradicional, especialmente entre aquellos que se dedican al estudio de la tentativa, la referencia a un recurso metodológico de comprensión del delito llamado *inter criminis*[73], definido como aquel camino que recorre el delincuente *desde el momento en que concibe la idea de llevar a cabo el delito hasta que consigue el fin que se había propuesto.* Además de los múltiples usos que puede tener el esquema del *inter criminis*, en nuestro caso resulta de gran utilidad para diferenciar dos etapas que no con poca frecuencia se confunden. Estamos hablando de la

[70] En realidad la mayoría de los autores solo recurren al derecho a la no auto-incriminación para fundamentar el privilegio de autoencubrimiento. Ver en ese sentido: ZARAGOZA AGUADO. *El blanqueo de dinero*, p. 468. Sin embargo nosotros creemos que esa consecuencia del derecho a la no autoincriminación no se puede obtener de su existencia aislada sino de su interpretación armónica con el principio de *non bis in idem*.

[71] Esta autora sistematiza este punto distinguiendo aquellas tesis que acuden al recurso del hecho posterior impune para excluir a los intervinientes en el delito previo, de aquellas tesis que acuden al privilegio de autoencubrimiento. Nosotros creemos que esa sistematización no es válida, como quiera que el fundamento de la teoría del hecho posterior copenado en gran parte es el privilegio de autoencubrimiento.

[72] Ibídem, DEL CARPIO, p. 349.

[73] Literalmente: Camino del delito.

fase de consumación y de la fase de agotamiento. En los términos del profesor español FRANCISCO MUÑOZ CONDE, en la primera de ellas, también llamada consumación formal, tiene lugar la *plena realización del tipo en todos sus elementos*[74]. La segunda de ellas, también llamada consumación material, es aquella en la que el sujeto no solo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, *alcanza el fin que subjetivamente se había propuesto*[75].

b) Para la doctrina mayoritaria, desde el punto de vista de la procedencia de la sanción penal, es irrelevante si el sujeto activo logró o no cumplir la finalidad buscada con la comisión del hecho punible.

Teniendo esto claro, observamos que la contundencia de la pregunta deriva del hecho que, siguiendo el sector de la doctrina que hemos mencionado, no es posible sancionar a los sujetos que realicen actos de autoencubrimiento, toda vez que –acudiendo al recurso metodológico del *inter criminis*– la pena correspondiente al delito principal absorbe el desvalor[76] de los actos posdelictuales que se encuentran directa y reflexivamente encaminados a lograr el agotamiento. En consecuencia, todo acto de autoencubrimiento debe ser impune, ya que debe considerarse como un *acto posterior copenado*[77].

Partiendo de este marco teórico conceptual, en materia de lavado de activos las opiniones respecto de la procedencia del privilegio de autoencubrimiento se han dividido. De un lado se encuentran quienes sostienen que no es admisible un privilegio de estas características y, de otro, quienes consideran que sí debe proceder.

Quienes consideran inadmisible el privilegio de autoencubrimiento y por consiguiente la impunidad de los actos posdelictuales tendientes a garantizar el agotamiento de la conducta punible, esgrimen para ello varios argumentos:

a) Aducen, en primer lugar, que el privilegio de autoencubrimiento procede únicamente cuando los comportamientos posdelictuales no *constituyan otro*

[74] MUÑOZ CONDE, FERNANDO. *Derecho Penal*. Parte General, p. 369.

[75] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Fundamental*. Tomo II, p. 372.

[76] Esta misma expresión fue utilizada por: Ibídem, DEL CARPIO, p. 349, analizando la postura de autores españoles de la talla de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, SILVA SÁNCHEZ o CARMONA SALGADO.

[77] El término *copenados* ha sido extraído de: Ibídem. BLANCO CORDERO, p. 181. Pero también es observable por parte de GONZÁLES RUS en Ibídem DEL CARPIO, p. 237.

Scanned by CamScanner

delito[78]. De este modo, admitiendo que en derecho comparado el lavado de activos es siempre una conducta punible tipificada autónomamente, debe sostenerse que su realización constituye otro delito no cobijado por el principio de autoencubrimiento.

b) Otra razón presentada, no desde la órbita del concepto material del delito de lavado de activos sino desde la perspectiva de su concepto formal, consiste en que la mayoría de las legislaciones, al tipificar el delito de lavado de activos no cualifican el sujeto activo, como sí lo hacen al tipificar por ejemplo la receptación, afirmando que incurre en este delito *el que sin haber tomado parte en el hecho previo*, u otras expresiones similares.

c) Y, finalmente, los argumentos más fuertes contra la aplicación del privilegio de autoencubrimiento, son expuestos por aquellos autores que sostienen que el lavado de activos no tiene la finalidad de encubrir el hecho previo, sino la de reincorporar al círculo de la economía legal los bienes obtenidos ilícitamente.

Una postura como la que ellos han asumido y la que hemos criticado razonadamente *supra*, les da para afirmar, *prima fase*, que si el lavado de activos no tiene la naturaleza de acto encubridor, entonces se cae de su peso que tampoco pueda predicarse respecto de él el privilegio de autoencubrimiento. A partir de semejante conclusión, aducen motivos de política criminal, particularmente, que *no hay razones para favorecer al delincuente castigándolo sólo por la comisión de su delito inicial si éste, además de beneficiarse de las ganancias que le produce la comisión del hecho previo, se beneficia de las ganancias que le origina el blanqueo de los bienes producidos por el anterior delito*[79].

Para terminar, debe reconocerse que este sector de la doctrina propone un argumento –desde el ámbito de la prohibición– realmente poderoso para rechazar el privilegio de autoencubrimiento. Al efecto sostienen que, desde un sencillo análisis de justicia material, no se entiende cómo un sujeto cuyo comportamiento pudo haber lesionado dos o más bienes jurídicos –el protegido por el delito previo y el protegido por el

tipo de lavado de activos– deba ser castigado como si solo se hubiera lesionado uno de ellos[80].

Frente al primero de los argumentos expuestos en contra de la aplicación del privilegio de autoencubrimiento al caso del lavado de activos, creemos que resulta difícil de sostener. Tan solo piénsese que la aplicación del privilegio de autoencubrimiento frente a los delitos de favorecimiento y receptación –los cuales se encuentran perfectamente tipificados en la mayoría de las legislaciones– es una posición generalmente aceptada por la doctrina. En consecuencia, si sostuviéramos que el privilegio de autoencubrimiento no puede aplicarse frente al lavado de activos por ser éste un delito autónomamente tipificado, deberíamos sostener, en contra de toda la doctrina moderna, que tampoco podría aplicarse frente a los delitos de receptación o favorecimiento, habida consideración que estos también se encuentran autónomamente tipificados.

Claro está que es posible pensar en algunos casos límite en los cuales los actos posteriores son tan graves, que nos llevan a reafirmar el rechazo del privilegio cuando el encubrimiento posterior es, a la vez, un delito autónomo. Pensemos, v.gr., en la hipótesis del ladrón de joyas que con posterioridad al hurto asesina a un testigo para evitar ser sancionado penalmente. En este caso, no obstante que el acto posterior tenía la finalidad de encubrir el delito previo, es evidentemente injusto aplicar el privilegio de autoencubrimiento, pues ello implicaría dejar impune un homicidio y limitarnos a aplicar una sanción, notoriamente inferior, por hurto.

Para poder resolver un cuestionamiento como el anterior, que sin duda pone a prueba la procedencia del privilegio de autoencubrimiento frente al lavado de activos, debemos reflexionar acerca de su fundamento y sus alcances.

Hemos dicho que el privilegio de autoencubrimiento tiene fundamento en el derecho a la no autoincriminación. Como consecuencia de ello, habremos de sostener que todo acto posterior de autoencubrimiento que rebase los límites del derecho a la no autoincriminación, no puede ser abarcado por aquel privilegio. Ahora bien, como sabemos, todos los derechos individuales tienen su exacto límite en los derechos de los demás[81], de allí que podamos sostener que todo acto de encubrimiento, que

Scanned by CamScanner

implique dar una aplicación del derecho a la no autoincriminación en detrimento de derechos individuales de otros sujetos, no puede ser legítimo y por ende no puede quedar abarcado por el privilegio.

Sentado lo precedente, el privilegio de autoencubrimiento solo procede en aquellos casos en que el delito posterior es desvalorado, *justa, prioritaria y exclusivamente*, porque encubre un delito previo. De este modo, si el delito posterior, además de ser desvalorado por encubrir un delito previo, es desvalorado por afectar intereses individuales de otros sujetos –v.gr. por afectar el patrimonio individual–, ya no procedería el privilegio de autoencubrimiento, pues bajo tales circunstancias se estaría dando al derecho a la no autoincriminación un alcance que no tiene, extendiéndolo incluso por encima de las libertades individuales de otros sujetos.

En ese orden de ideas, existe una diferencia sustancial entre los casos límite como el del ladrón que asesina a un testigo, y el supuesto del lavado de activos. En efecto, mientras en el lavado de activos el desvalor obedece prioritariamente a que impide a las autoridades judiciales aplicar las sanciones penales previstas y con ello reprimir conductas profundamente lesivas para la comunidad (encubrimiento), en otros casos límite el delito posterior no es desvalorado principalmente por encubrir un delito previo, sino por afectar intereses o bienes jurídicos individuales de otros sujetos diferentes al autor del delito previo. Así, en el caso que hemos puesto de ejemplo, el desvalor del homicidio –aunque sea un acto posdelictual y con finalidad encubridora– no está referido prioritariamente a la obstaculización a la función de las autoridades (encubrimiento), sino a la destrucción de una vida humana.

De otra parte, en cuanto al segundo argumento indicado, no lo compartimos, toda vez que ha sido construido sobre la base de la observación del tipo penal de lavado de activos y no al lavado de activos como fenómeno criminal. En consecuencia, este argumento tiene validez, única y exclusivamente, desde el ámbito de la dogmática penal y sólo en aquellas legislaciones que incluyen expresiones como la allí indicada.

Para terminar, no podemos compartir las razones político criminales expuestas en el último de los argumentos en contra de la aplicación del privilegio de autoencubrimiento, pues tal y como concluimos *supra*, el lavado de activos, contrario a la postura de la cual parte aquel argumento, sí es una modalidad de encubrimiento. Creemos que cuando sostienen que *no hay razones para favorecer al delincuente castigándolo sólo por la comisión de su delito inicial si éste, además de beneficiarse de las ganancias que le produce la comisión del hecho previo, se beneficia de las ganancias que le origina el blanqueo de los bienes*, están

partiendo del supuesto que en toda operación de lavado de activos se encuentra reflejada una utilidad final, hecho que como vimos no es cierto, pues es bien posible que el delincuente dé apariencia de legalidad a bienes de procedencia ilícita sin incluirlos en el círculo económico ordinario, hecho que supondría la inexistencia de utilidad derivada del lavado.

Si bien es cierto, como lo expone este sector de la doctrina, el lavado de activos lesiona un bien jurídico diferente al que se ve lesionado por el delito previo, ello no puede erigirse como un argumento en contra de la aplicación del privilegio de autoencubrimiento al lavado de activos. Nótese que el delito de receptación y el de favorecimiento, respecto de los cuales no se discute la aplicación de este privilegio, también pueden lesionar un bien jurídico distinto al que lesiona el delito previo. Luego, admitir ese razonamiento, supondría la inaplicación de este privilegio, incluso en supuestos indiscutibles como el de la receptación o el del favorecimiento.

Expuestas las razones que nos llevan a disentir de los argumentos expuestos en contra de la aplicación del privilegio de autoencubrimiento, en el caso del delito de lavado de activos, creemos que tenemos ya suficientes elementos para sentar nuestra posición al respecto.

Consideramos que el privilegio de autoencubrimiento sí debe ser aplicado en todo su rigor en aquellos supuestos de lavado de activos, particularmente porque consideramos que es imposible exigir otra conducta de parte del lavador, siempre que este haya participado en el delito previo[82]. Para comprenderlo, debemos tener en cuenta que:

a) La finalidad de las normas jurídicas es la de prescribir conductas, por ello son imperativos que imponen obligaciones y/o deberes a sus destinatarios. En materia penal, las normas tienen la particularidad de que si bien su redacción, al igual que las normas de las demás ramas del derecho, describen una hipótesis jurídica –tipo– que por lo general es una conducta humana, de ninguna manera están prescribiendo a su destinatario que cumpla o ejecute esa conducta, sino que por el contrario las normas penales contienen una prohibición tácita

[82] Ver en este mismo sentido a: ZARAGOZA AGUADO. *Receptación y blanqueo de capitales*. p. 468

Scanned by CamScanner

que ha de inferirse de las consecuencias desfavorables que el legislador ha dispuesto para ese comportamiento[83]. De esta forma, cuando el legislador tipifica los comportamientos constitutivos de lavado de activos, está prohibiendo, de manera tácita, que el sujeto realice tales comportamientos.

b) La existencia del derecho a la no autoincriminación impide exigir al sujeto que se entregue a las autoridades, que denuncie a las autoridades el delito que ha cometido o que realice conductas que tiendan a ello.

De las dos consideraciones precedentes podemos inferir que, sí se sanciona penalmente al sujeto que participando en el delito previo, lava los activos procedentes de aquel ilícito, entonces estaríamos exigiéndole –tácitamente– que realice actos que faciliten su entrega, su captura o su condena, todo lo cual repugna el derecho constitucional a la no autoincriminación

El hecho de que el lavado de activos sea un tipo penal autónomo en relación con el ilícito del cual provienen los bienes no debe confundirnos, pues en cualquier caso el delito de lavado de activos, a diferencia de los demás tipos penales que integran el régimen penal, esencialmente tipifica conductas de aprovechamiento del delito cuya ejecución se encuentra copenada. Nótese que aquel que comete un homicidio para ocultar un delito previo, no puede ser beneficiario del privilegio de auto-encubrimiento, pues el homicidio en ningún caso puede considerarse como un acto posterior de aprovechamiento de un delito en cuya ejecución se ha intervenido, cosa que sí ocurre con el lavado de activos, en cuya esencia se haya la finalidad de encubrir el delito anterior.

Ahora bien, esto no significa que el lavado de activos quede impune, pues en los supuestos en que el autor del lavado de activos es el mismo autor o partícipe del delito previo, la sanción penal por el delito previo subsume o abarca el desvalor del

[83] Así, mientras normas pertenecientes a otras disciplinas describen en sus hipótesis jurídicas conductas que el intérprete debe entender en el sentido de que está obligado a adecuar su comportamiento al supuesto de hecho prescrito, en materia penal la hipótesis jurídica debe ser interpretada en el sentido que por ningún motivo el individuo ha de comportarse como describe la norma.

[84] Si bien ZARAGOZA AGUADO nos antecedió en la formulación del argumento de inexigibilidad para defender la aplicación del privilegio de autoencubrimiento frente al delito de lavado de activos, somos completamente originales cuando, para defender esta postura, ponemos de manifiesto el argumento de la finalidad prescriptiva de las normas jurídicas.

lavado de activos[85]. Y en los casos en que el lavador es un agente diferente a quienes intervinieron en el delito previo, puede ser castigado autónomamente por lavado de activos sin infringir de modo alguno el derecho a la no autoincriminación.

2.2.6. *Es un comportamiento delictivo autónomo*

Debemos diferenciar aquellos comportamientos a través de los cuales el agente actualiza el ánimo de lucro que lo impulsó a incurrir en el delito previo, de aquellos comportamientos constitutivos del delito de lavado de activos.

Es común que en algunas oportunidades el agente, después de haber consumado el delito previo, salga a realizar algunas operaciones sobre los bienes obtenidos de este delito. Pero a diferencia de lo que ocurre en el lavado de activos, en este caso la realización de tales operaciones sobre los bienes no tienen la finalidad de ocultar el origen ilícito de los mismos, sino el de actualizar o efectivizar su ánimo de lucro.

Para entenderlo, basta pensar en el pequeño carterista o en el ladrón de partes de carros, que después de haber consumado el hurto, sale al mercado negro a vender las identificaciones o las partes del vehículo robadas. En estas circunstancias, el sujeto no tiene la finalidad de dar apariencia de legalidad a los activos obtenidos mediante ese hecho ilícito, sino simplemente actualizar su ánimo de lucro y conseguir bienes que le reporten una utilidad directa[86].

La diferencia entre esta circunstancia y el lavado de activos se haya en que, mientras la persona que lava activos consuma un delito nuevo, independiente y autónomo al delito previo, la persona que realiza un comportamiento como el descrito anteriormente solamente agota el hecho ilícito previo actualizando su ánimo de lucro.

El núcleo de la cuestión que tratamos es la determinación del criterio a usar para establecer cuándo nos encontramos frente a actos de agotamiento de un delito y cuándo nos encontramos frente a un lavado de activos.

[85] En este aspecto, no compartimos la postura de aquel sector de la doctrina que considera que un presupuesto para la procedencia de la consunción de la pena, o mejor, para poder hablar de actos posteriores copenados, es que ambas conductas –el delito previo y el acto posdelictual– vulneren el mismo bien jurídico. Creemos que podemos hablar de acto posterior copenado y, por consiguiente, defender la subsunción de la pena del acto posdelictual en la sanción del delito previo, simplemente si comprobamos que el delito posterior tiene la finalidad encubridora necesaria para que opere el derecho a la no autoincriminación.

[86] Este ejemplo ha sido extraído textualmente de: Ibídem CARRERO, p. 67.

Scanned by CamScanner

El profesor EDUARDO CAPARROS utiliza como criterio la importancia económica del objeto del delito previo. Así, sostiene que *"expresado en términos aritméticos cabría afirmar que la necesidad de blanqueo es directamente proporcional a la importancia económica del objeto e inversamente proporcional al grado de fungibilidad del mismo"*[87].

Quizás, uno de los objetos cuyo origen es lavado con mayor frecuencia es el dinero cuya fungibilidad resulta ser su principal característica. De ese modo, resulta muy cuestionable la afirmación del profesor español.

Creemos que debemos dejar de lado el criterio objetivo propuesto y apuntar a un criterio subjetivo que sí pueda, en definitiva, diferenciar los dos comportamientos. En ese orden de ideas, debemos preguntarnos, cuál es el motivo que impulsó al agente a cometer el delito previo y cuál es la finalidad del acto posterior. Si la finalidad que motivó el delito previo es obtenida mediante la realización del acto posterior, se estará frente a un supuesto de agotamiento, si no, deberemos establecer si el acto posterior tenía o no la finalidad de encubrir el delito previo.

[87] Ibídem. CAPARROS, p. 67.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LAS NORMAS REGULATORIAS PARA LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL MERCADO PÚBLICO DE VALORES

Desde los orígenes del pensamiento político liberal en el siglo XVII, son innumerables los autores que se han ocupado de indagar los motivos que condujeron al hombre a asociarse y a someterse al imperio de una estructura de poder llamada Estado. ROUSSEAU, y algunos otros con anterioridad a él, han admitido que esta es una de aquellas preguntas para las cuales no es posible dar respuestas verdaderas en términos científicos. No obstante, han acudido a un recurso metodológico llamado Estado de Naturaleza, el cual les permite –entre muchas otras cosas[88]– explicar de un modo gráfico de qué manera pudo tener lugar semejante circunstancia.

A pesar de que cada uno de los autores que intentó utilizar el Estado de Naturaleza para fundamentar sus posiciones políticas lo expone de modo diferente, es posible observar en todos ellos un rasgo común. Así, todos los autores siempre consideraron que previo al establecimiento del Estado y a la constitución del pacto o contrato social, el hombre debió haber pasado por un momento de luchas fratricidas con sus congéneres para poder subsistir. En ROUSSEAU, por ejemplo, el hombre entiende que debe asociarse a otros individuos de su especie para poder hacer resistencia a las inclemencias de la naturaleza, más una vez agrupado se da cuenta de que los bienes necesarios para satisfacer sus propias e individuales necesidades son escasos, hecho que lo empuja a enfrentarse a los demás sujetos en una lucha a muerte por la supervivencia.

Este estado de inseguridad, producto de la anarquía y del enfrentamiento de los incontrolables poderes particulares de cada individuo, constituyen la circunstancia

[88] ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*, p. 4. La finalidad más importante que cumple el Estado de Naturaleza como recurso metodológico es separar intelectualmente aquello que es natural, esencial e inherente al hombre, de aquello que solo es accidental, artificial y adquirido.

Scanned by CamScanner

que llevó al hombre a crear una *estructura de poder* que diera orden a esa masa cuneiforme de sujetos, y en la cual pudiera confiar la protección de sus intereses. Es entonces cuando tiene lugar el contrato social y emerge la ley (producto de la voluntad general soberana), como principal herramienta para regular las relaciones de los individuos al interior de la sociedad[89].

Partiendo de este punto, es posible entender de qué manera la ley adquiere el carácter de mecanismo de control social, tendiente a implantar un determinado orden, a dar seguridad a los individuos respecto de sus derechos y obligaciones, y a impedir el despliegue de conductas lesivas para la comunidad en general, y para cada uno de los individuos en particular. La ley se erige entonces como un mecanismo de control que viene a sumarse a muchos otros existentes en el seno de la colectividad tales como la religión, la educación, la costumbre, la moral, etc.[90].

Si bien la ley es tan solo uno de los mecanismos de control social, a su interior es posible hallar diferentes niveles de coersión y por lo tanto diferentes grados de control. De ese modo, mientras la ley civil en la gran mayoría de los casos se compone de normas supletivas de la voluntad individual de los particulares, y opera casi que como un buen consejo para ellos, la ley penal se compone de normas rígidas e implacables que imponen las más severas consecuencias a aquellas personas que incurren en los supuestos de hecho consagrados en sus disposiciones.

Como corolario de lo anterior, el derecho penal adquiere la condición de *ultima ratio*, convirtiéndose entonces en el último escaño de control social[91].

El surgimiento del lavado de activos en el seno de la sociedad no pasó desapercibido para aquellos que entendieron de inmediato que su realización resquebrajaba los cimientos de la administración de justicia, y destruía aquellos valores esenciales para la convivencia en comunidad. De allí que resultara imprescindible poner en movimiento los mecanismos de control social existentes para prevenirlo.

---

[89] Ibídem, ROUSSEAU, pp. 20 a 24.

[90] En este sentido ver: BOBBIO, NORBERTO. *Teoría General del Derecho*, pp. 3 a 19. Para mayor profundidad ver: GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*, pp. 25 a 36.

[91] Mayor profundidad en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal. Parte General*. pp. 10 a 67. Para conocer la posición jurisprudencial nacional al respecto ver Sentencia C-237 de 1997, H. Corte Constitucional.

Lamentablemente todos ellos fallaron y la humanidad tuvo que llegar a ese último escalón, llamado derecho penal, para impedir que continuara extendiendo sus nefastas consecuencias al impedir que los delitos más violentos y negativos para el hombre –particularmente el tráfico ilícito de drogas psicotrópicas– fueran eficazmente reprimidos[92].

Consecuencia de lo anterior, es que la comunidad internacional se hubiera visto en la necesidad de sugerir a todos los Estados del planeta la tipificación del lavado de activos como un delito de las más graves consecuencias pensables.

Colombia no podía ser ajena a esta circunstancia –máxime sus especiales condiciones de criminalidad–, y por ello desde 1992, con el Decreto 1872, comenzó la lucha del Estado contra esta forma de delincuencia. Hoy por hoy, vemos que la ley colombiana (como mecanismo de control social) opera a dos niveles o grados de coersión:

De un lado, encontramos que el nivel más bajo de control social existente en la ley colombiana está constituido por un conjunto de normas de carácter administrativo tendiente a imponer sanciones pecuniarias y jurídicas a aquellas entidades –todas ellas pertenecientes al sector financiero, bursátil y cambiario– que no adopten los controles exigidos para la prevención del lavado de activos.

Y, de otro lado, el nivel más intenso de control se halla integrado por el grupo de tipos penales dirigidos a sancionar a cualquier individuo que despliegue conductas constitutivas de lavado de activos.

Dada la diferencia, especialidad y complejidad que importa cada uno de los niveles de control existentes para el lavado de activos en nuestra legislación, a continuación procederemos a estudiarlos por separado, no sin antes delimitar los contornos de la exposición.

Al respecto debemos decir que, habida cuenta que nos hemos propuesto abordar una análisis dogmático de las normas administrativas y penales que regulan la materia, no procederemos en este aparte a realizar reflexiones respecto de su conveniencia. Por consiguiente, solo expondremos del modo más objetivo posible, la forma como el derecho colombiano ha legislado el asunto.

---

[92] En este mismo sentido ver *Memorias del Segundo Simposio Creditario sobre Lavado de Activos* organizado por el Banco Caja Agraria.

Scanned by CamScanner

1. CONTROL ADMINISTRATIVO DEL LAVADO DE ACTIVOS.

Para entender cómo es que la ley puede evitar la realización de actividades de lavado de activos, no basta decir que las normas jurídicas son uno de los mecanismos de control social; también hay que explicar de qué forma lo hacen. En consecuencia resulta importante distinguir las normas jurídicas que ejercen un control social mediante la ***prevención***, de aquellas normas que lo ejercen mediante la ***represión***[93].

El control jurídico de conductas delictivas mediante normas preventivas, se caracteriza porque la actividad reguladora del Estado pretende adelantarse a la fase de consumación del delito, atacando sus consecuencias desde aquellos elementos que permiten su materialización. Concretamente en materia de lavado de activos ello supone entrar a regular el ejercicio de aquellas actividades o la utilización de aquellas herramientas, sin las cuales el criminal no puede dar apariencia de legalidad a los bienes de procedencia ilícita, o al menos, regularlas de manera que el desarrollo de la actividad delictiva se dificulte a un grado tal, que sea completamente desmotivante para el delincuente.

En sentido opuesto, el control jurídico de conductas delictivas mediante normas represivas, se caracteriza porque el Estado se halla a la expectativa de consumación del delito para proceder a aprehender a sus autores y partícipes, y aplicarles en rigor la sanción jurídica prevista para el caso. En materia de lavado de activos, concretamente, este tipo de control supone el ejercicio del poder sancionatorio del Estado frente a aquellos sujetos que han infringido la ley penal incurriendo en el supuesto de lavado de activos[94].

Reconocemos que en algún sentido la distinción anotada carece de rigor, pues razonadamente puede atacarse si tan solo se piensa que la tipificación de la conducta –algo que en principio resulta ser un ejercicio de control social represivo–, de suyo ya supone la desmotivación delictiva para la mayoría de los individuos que, eventualmente, sin la consagración penal de la conducta habrían incurrido en ella. En igual forma, la aplicación de la represión jurídica mediante la imposición de la pena también tiene efectos preventivos, pues es ya de todos conocida la finalidad preventivo general que le es inherente[95].

---

[93] En este mismo sentido ver *Memorias del Segundo Simposio Creditario sobre Lavado de Activos* organizado por el Banco Caja Agraria.

[94] Ibid.

[95] Para mayor profundidad ver: ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 79 a 110.

Sin embargo, creemos importante hacer alusión a ella, como quiera que resulta bastante gráfica para entender la orientación de la regulación administrativa colombiana en materia de prevención del lavado de activos y diferenciarla de la regulación penal frente a este mismo delito. Nótese, desde ya, que mientras las normas administrativas se orientan a regular una actividad esencial para la consumación del lavado de activos –aspecto que le da una connotación eminentemente preventiva–, las normas penales al respecto se orientan a sancionar a aquellos individuos que despliegan comportamientos tendientes a revestir de apariencia de legalidad los bienes de procedencia ilícita.

Hechas las anteriores precisiones, relativas a la orientación de la regulación administrativa en materia de lavado de activas, debemos entrar a hacer un estudio dogmático de las normas jurídicas que integran dicho marco regulatorio.

Lo primero que debemos decir es que, desde el comienzo, las normas administrativas sobre lavado de activos fueron hechas para las entidades financieras –bancos, corporaciones, fiduciarias, etc.– sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, por lo que la expansión del ámbito de aplicación de dicha normatividad a las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Valores, solo se produjo en virtud de normas que así lo preveían expresamente.

Ya en las primeras regulaciones sobre la materia era visible esa característica. Así, el Decreto 1872 de 1992 al establecer, en sus artículos 1° a 5° y 7°, una serie de obligaciones orientadas a prevenir la utilización del sistema financiero para el lavado de activos, se refería por completo a las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria. Fue solo el artículo 9° de ese decreto el que, de forma residual, dispuso que dichas obligaciones también serían predicables de las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Valores, otorgándole a ésta última las mismas facultades que le había conferido en principio a la Superintendencia Bancaria.

Las normas administrativas vigentes, relativas a la prevención del lavado de activos en el sistema financiero, encuentran su principal fuente en los artículos 102 a 107, 209 y 211 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto-Ley 663 de 1993), normas que están destinadas a regular en principio el sistema de prevención del lavado de activos de las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

Scanned by CamScanner