

Lavado de activos y expansión del Derecho Penal

Money Laundering and Expansion of Criminal Law

Juan Pablo Millán Bustamante⁶

DOI: 10.24142/indis.v7n14a5

Resumen

En el presente trabajo de investigación se analizan los elementos generales de la figura delictiva del Lavado de Activos, dentro de su desarrollo general en el mundo y de forma específica en el contexto colombiano, señalando su relación con las corrientes expansionistas del Derecho Penal y la influencia de la economía del siglo XXI en las tendencias regulatorias y sancionatorias del mismo. Para tal efecto, se hace un análisis de las distintas posturas de los autores frente al delito en cuestión y los planteamientos que sobre el mismo ha desarrollado la jurisprudencia colombiana, lo anterior con el fin de llegar a la demostración de la conexión de esta conducta con la disminución de determinadas garantías penales.

Palabras clave: Lavado de Activos, Blanqueo de Capitales, Derecho Penal, Expansionismo Penal, Garantía, Delito, Criminalidad.

Keywords: Money Laundering, Criminal Law, Expansion of Criminal Law, Warranty, Crime, Criminality.

6 Estudiante de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana. Investigador académico en criminalidad económica. Ha realizado estudios en materia de Compliance, Lavado de Activos y Extinción de Dominio. Correo: juan.millan6399@unaula.edu.co

Introducción

El delito de Lavado de Activos ha tenido uno de los desarrollos más importantes en los últimos años, sus implicaciones económicas, su impacto en el mercado y su relación con otras actividades delictivas ha generado que las grandes potencias y el mundo, en general, hayan puesto su atención en esta figura, en particular.

Sin olvidar su evolución actual, el lavado de dinero ha tenido un papel de gran relevancia a lo largo de la historia, reconociéndose, como se verá en el texto, vestigios de esta figura desde tiempos antiguos.

De igual manera, como se expone en la investigación, se ha determinado cómo la creación y tipificación actual de ese delito surge en el marco de las corrientes de un Derecho Penal Económico y Expansivo, caracterizado por disminuir, de forma bastante alarmante, las garantías de los ciudadanos que se ven implicados en actividades de esa clase o con algún riesgo considerado por el Derecho Penal.

Para adelantar dicha tarea, se ha planteado el método de análisis e interpretación concreta de los avances académicos sobre la materia, específicamente, de aquellos autores que explican los elementos de esa figura y su relación con el Expansionismo Penal, así como la disminución de las garantías penales con la aplicación del lavado de activos, teniendo en cuenta, además, algunos pronunciamientos de la Corte de Suprema de Justicia para determinar los alcances de ese delito y las implicaciones que su tratamiento ha tenido sobre la evolución de la sociedad económica del siglo XXI, y sobre los agentes que se encuentran en ella, sin olvidar la implementación de algunas medidas administrativas cercanas al blanqueo de capitales.

1. Breve recuento histórico del lavado de activos

No es de extrañar que, de vieja data, los Estados hayan perseguido, mediante el Derecho Penal, determinados comportamientos que pudieran representar alguna afectación a los sistemas económicos de las distintas épocas, encontrando vestigios desde el Derecho romano clásico donde se reprimían las especulaciones o el acaparamiento de determinados bienes o, incluso, en la Edad Media, donde se sancionaban infracciones relacionadas con concesiones o monopolios de determinados productos, viendo ese tipo de regulaciones penales su mayor auge en el siglo XX, cuando surge de una forma exagerada el intervencionismo penal en la economía producto

de las crisis económicas generadas por las guerras mundiales (De Vicente, 2019, pp. 53-54).

Con relación al término “lavado de activos” han surgido distintas hipótesis sobre su nacimiento. Algunos autores indican que tiene su origen en la década de los años veinte, cuando en Estados Unidos grupos criminales le daban apariencia de legalidad a sus actividades delictivas con la compra de lavanderías y servicios de lavado de autos (De Vicente, 2018, p. 66), asociados principalmente a las actuaciones de Lucky Luciano y Al Capone. Recordemos, que este último fue condenado por delito fiscal en 1931, en razón de unas rentas no declaradas de las cuales no fue posible demostrar su origen delictivo (Manjón-Cabeza, 2013, p. 602).

Sin embargo, el término “*Money Laundering*” o “Lavado de Dinero” no fue mencionado sino hasta 1982 en el caso “*United States v. \$4,255,625.39 v. 3.686.639,00*”, en el cual se adelantaba una acción de decomiso civil sobre activos provenientes de una organización radicada en Colombia.

Es importante hacer mención que, en el mismo país “La Ley RICO introdujo el concepto en los Estados Unidos en los años setenta, y lo extendió al criminalizar el lavado de activos en 1986 (Jorge, 2008, pp. 72-73). Lo anterior sin olvidar que, ya en 1978, el artículo 648 *Bis* del Código Penal Italiano regulaba la conducta bajo el nombre de “*Sostituzione di denaro*”, el cual estaba relacionado directamente con las conductas de secuestro que eran comunes en Italia durante aquella época (Fabián, 2018, pp. 37-38).

Hay que señalar que algunos autores encuentran un antecedente de esta figura “[...] en el origen de la locución latina *pecunia non olet*, pronunciada por Tito, hijo del emperador Vespasiano, cuando su padre le preguntó si olía mal el dinero que había obtenido de la recaudación del impuesto sobre las letrinas” (Torres Dos Santos, 2019, p. 523)⁷.

Desde el punto de vista del desarrollo normativo internacional tenemos como antecedentes relevantes de esa figura la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, adoptada en 1988 en Viena, y la “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, celebrada en Palermo en el año 2000.

⁷ Este relato es descrito por Suetonio en la obra *Los doce Césares*.

1.1 Concepto de Lavado de Activos

Distintas construcciones teóricas se han realizado sobre el delito objeto de análisis, algunas posturas han indicado que se trata de un proceso de limpieza del origen delictivo de bienes, entre ellos, Juana Del Carpio Delgado, estableciendo que el lavado de activos: “[...] es el proceso mediante el cual se pretende que los bienes de origen delictivo pierdan tal cualidad con la finalidad de incorporarlos en el tráfico económico” (Del Carpio, 2017, p. 674”).

Por otra parte, hay autores que, más que pretender “eliminar” el origen delictivo de los bienes objeto de lavado, se trata de un proceso de “*maquillaje*”. Sobre este punto, Eduardo A. Fabián Caparrós señala: “[...] el blanqueo es un ejercicio de maquillaje, esto es, una actividad dirigida a tratar de desvirtuar la procedencia ilícita de unas determinadas ventajas económicas mediante el uso de una cosmética prestada –y ahí está la paradoja– por el Derecho” (Fabián, 1998, p. 159).

Continuando con la postura presentada en el párrafo anterior, Isidoro Blanco Cordero expresa: “El blanqueo de capitales es el proceso [mediante el] cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (Blanco, 2016, p. 433).

Otros autores otorgan una definición más cercana a lo que los códigos penales de los distintos países consagran como delito, más que a conceptos propiamente dichos; entre ellos, Ramón García Gibson, que, con relación al lavado de activos, expresa que es: “[...] el proceso [mediante] el cual uno o varios actores buscan ocultar, encubrir o auxiliar a desvirtuar el origen de los recursos provenientes de una actividad ilícita y aparentar que éstos son producto de una fuente legítima [...]” (García, 2014 p. 24). Y, siguiendo esa línea, Francisco Sintura, Wilson Martínez y Fernando Quintana, indican: “[...] el lavado de activos o blanqueo de capitales es el proceso delictivo de ocultamiento de activos o de recursos provenientes de actividades ilegales y los subsiguientes actos de simulación para darles apariencia de legalidad y ocultar su origen [...]” (Sintura *et al.*, 2014, pp. 1-2).

Sobre estos aspectos, se señala que, a efectos de un acercamiento a construcciones conceptuales más lejanas a la definición de los códigos penales sobre el delito en cuestión, se acoge las definiciones dadas por los maestros Isidoro Blanco y Eduardo A. Fabián Caparrós.

No cabe duda, entonces, que, tal como señala Palma (2000):

“El verdadero sentido de este tipo de actividades es hacer posible el aprovechamiento de los bienes que un tercero hubiera conseguido mediante la comisión de un delito grave, para lo cual se llevan a cabo una serie de operaciones que, en caso de que el delito del que proceden esos bienes aún no haya sido descubierto, dificultarán notablemente su conocimiento por la autoridad y permitirán el aprovechamiento y disfrute de tales bienes (p. 285).

Siendo claro que, más allá de todo, las operaciones de lavado de activos tienen como objetivo primordial garantizar que, quienes estén inmersos en dichas actividades o para quienes se estén adelantando las mismas, tengan la posibilidad de prevalecerse de los bienes blanqueados, ya sea para su reinversión o para la continuación de sus actuaciones delictivas.

1.2 Elementos generales del delito de lavado de activos

De acuerdo con las definiciones anteriormente dadas sobre ese delito en particular, la doctrina ha determinado unánimemente ciertos elementos que son naturales al lavado de activos. A continuación, se mencionarán algunos de ellos que, para efectos de la presente investigación, se consideran los más importantes:

1.2.1. Intervención masiva

Sobre este punto hay que decir que desde su inicial asociación exclusiva al mercado de drogas, el lavado de activos ha evolucionado para admitir una gran variedad de delitos que pueden dar origen a las posteriores operaciones aparentemente lícitas sobre el capital objeto de lavado⁸. En ese sentido, no cabe duda que, para adelantar tales actividades, generalmente se requerirá una estructura organizada que permita facilitar los fines de “cubrir” el origen ilegal de los bienes de que se trate. La anterior no es solo una inferencia lógica, sino porque cada día es más común que se adelanten procesos penales contra grandes cantidades de personas, generando una clase de macroprocesos en este sentido (Oliva, 2009, p. 23). Y es que, generalmente,

8 Recordemos que, en el caso colombiano, este delito se encuentra tipificado en el artículo 323 del Código Penal, encontrando allí las conductas que constituyen el delito precedente del lavado de activos.

cuando se habla de organizaciones delictivas o criminalidad organizada, independientemente de los delitos en cuestión —en este caso lavado de activos— su actuación hace más fácil la realización de los mismos, admitiendo acciones delictivas de mayores proporciones, la continuación delincencial independiente de la pérdida de los miembros que la conforman e incluso facilita la impunidad de quienes la integran (Méndez, 2017, p. 254).

Concretamente, sobre el lavado de activos se afirma que “[...] inevitablemente los grupos de delincuencia organizada deben recurrir a él a fin de beneficiarse abiertamente de las ingentes ganancias obtenidas con la ejecución de sus actividades delictivas” (Pardo, 2010, p. 76).

Por otro lado, en un mundo interconectado como el de hoy, no es descabellado pensar que, gracias a la facilidad que representan todos los tipos de conexiones en el planeta, un delito de esa naturaleza encuentre la manera de desarrollarse de una forma bastante cómoda, señalando, autores como Sánchez (2017), que “uno de los efectos perversos de la globalización es el desarrollo, con dimensiones sin precedentes, de una criminalidad de carácter internacional” (p. 479). Lo anterior aplicable a toda clase de delitos que puedan tener un alcance más allá de las fronteras de sus Estados. Sobre este punto resultan relevantes los esfuerzos internacionales para mitigar ese tipo de criminalidad, siendo un hito, en materia de lavado de activos, como se indicó anteriormente, la “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, y de forma adicional, las “Cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)”.

1.2.2. Altas cantidades de capital

Como se ha venido exponiendo, no es difícil concluir que generalmente en las operaciones de lavado se manejarán altas sumas de capital, ya sea representado en dinero en efectivo o en activos de toda clase.

Cobra gran relevancia este aspecto en el sentido que, para la determinación de la antijuridicidad de la conducta, con relación al bien jurídico *orden económico social*, se requerirá, de una u otra forma, que se trate de una gran cantidad de bienes sobre los cuales se ejerzan las operaciones de lavado, ya que de otra manera, una pequeña operación, con sumas insignificantes de dinero, no tendría la capacidad lesiva de desestabilizar el sistema económico. Lo anterior sin perjuicio de aquellos casos en

que los activos, haciendo parte de una operación mayor, son divididos en cantidades menores para evitar el control de las autoridades estatales, generalmente conocida dicha actividad en los casos de lavado de dinero como *smurfing* o pitufeo, la cual ha sido usada de forma recurrente como estrategia por los blanqueadores de capitales.

Resulta importante entender que, en cuanto mayor sea la suma objeto de lavado, más complejo será para quienes participan en estas operaciones darle legitimidad a los bienes que tienen una fuente ilícita.

1.2.3. Origen delictivo

Por definición, un elemento que ha de estar presente en todo acto de lavado de dinero, será el origen ilícito de los bienes objeto de la operación de blanqueo, siendo imposible configurar esta conducta sin el acompañamiento de ilegalidad precedente de los activos.

Este origen corresponde al delito que antecede al lavado de activos y comúnmente ha sido conocido con los nombres de delito subyacente, determinante o fuente, dependiendo de las normas o autores que lo desarrollen. Es el factor más representativo dentro del lavado de activos, toda vez que, si en términos generales, esta actividad comprende la realización de acciones lícitas sobre bienes de naturaleza ilícita, por sustracción de materia, si los activos no cuentan con la característica de proceder de algún acto considerado por la ley como delictivo –teniendo en cuenta aquí aquellos que la ley considera como fuente del blanqueo de capitales– no podrá establecerse que dicha operación corresponde a una de lavado de dinero, sino simplemente, una intervención en el giro común del mercado.

En estos términos, Blanco (1997, p. 212) señala que siempre tiene que haber como elemento indispensable “[...] un nexo entre el objeto del blanqueo y un delito previo. Si no está presente ese nexo o unión, o si se rompe por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de blanqueo de capitales”.

1.2.4. Naturaleza económica del lavado de activos

De la forma como se ha venido exponiendo, y desde el consenso de los autores, no cabe duda de que este delito es eminentemente económico, ya sea que se analice su forma de realización (con relación a los verbos rectores que lo componen) o desde el bien jurídico que pretende proteger (orden económico social), o con relación a su

objeto material (activos de toda clase), se entiende que sus impactos y su influencia recaen directamente en los procesos económicos.

Es esa naturaleza la que de alguna u otra forma ha provocado que el interés sobre esta clase de criminalidad haya crecido de forma exponencial durante las últimas décadas, y es que, como se verá más adelante, hace parte de aquellos delitos que tienen un impacto –verdadero o no– en uno de los elementos más relevantes de un sistema capitalista como el de hoy en día: el mercado.

Es allí donde cobra gran relevancia la criminalización de esas conductas, no solo por estar relacionado con la forma en que se trazan las dinámicas económicas actualmente, sino que, como se evidenció en la parte inicial del trabajo, se ha establecido una línea en la sociedad donde no se soporta ninguna clase de acto que pueda afectar –así sea de forma bastante mínima– el rumbo normal del mercado globalizado.

Es así como, de forma innegable, además de sus implicaciones en el mercado y sus formas de realización, el delito de lavado de activos se inscribe en las conductas que, a lo largo de la historia, han sido consideradas como delictuales por lo que hoy se conoce como Derecho Penal Económico.

2. El blanqueo de capitales como fruto de la influencia de la economía en el Derecho Penal

Es necesario señalar que el lavado de activos hace parte de lo que se ha denominado como “delincuencia económica”, en la que se relacionan otra gran cantidad de delitos que tienen repercusiones en el mercado⁹ y que encuentran origen principalmente con los desarrollos teóricos de los años treinta en Estados Unidos con la aparición del término “*White collar Crime*” (Morón, 2014).

Es esa misma relación con la economía la que determina el objeto de protección (bien jurídico) de esta clase de delitos, generalmente asociado con conceptos vagos y genéricos, como puede ser la protección del mercado financiero o, en el caso colombiano, el “orden económico social”, generando la eliminación de los tipos de lesión y promoviendo la aplicación de los delitos de peligro abstracto, que, recordemos, no requieren la demostración concreta de un riesgo o daño para algún interés jurídico en

9 En el contexto colombiano podemos hacer referencia a aquellas conductas enmarcadas en el Título X del Código Penal, ley 599 del 2000.

especial (Muñoz, 2009, pp. 323-324), situación que se ve reflejada en una disminución de garantías, como se indicará en otro apartado.

Hay que expresar qué se discute, en todo caso, qué se protege en concreto con la tipificación del lavado de activos. Algunos autores indican que se trata de intereses jurídicos como la libre competencia (Arias, 2011, p. 213). Otros hablan de la administración de justicia (Hurtado, 2015, p. 134), pero, en general, se ha llegado a la conclusión que afecta el orden económico o el normal desarrollo del mercado, en general.

3. Incidencia de la supremacía económica del siglo XXI en la tipificación del delito de lavado de activos

3.1. Disminución de garantías

En el marco de cualquier clase de regulación de algún comportamiento humano por el Estado, en el que intervenga o tenga aplicación el poder punitivo, existirá, de una u otra forma, limitación de las garantías sobre aquellos a quienes aplique. Sin embargo, las construcciones teóricas en materia de Derecho Penal han logrado que se establezcan parámetros mínimos que deben ser respetados por los aparatos gubernamentales, legislativos, de persecución y juzgamiento de los Estados.

En el tratamiento del lavado de activos, encontramos elementos como la inversión de la carga de la prueba, la equiparación de meros actos de preparación con la consumación, o la infracción del principio de estricta tipicidad, porque el solo hecho de disponer de altas cantidades de dinero, imposibles de justificar, provocan persecución, y en algunos casos, condena (Del Rosal Blasco, 2017, pp. 196-197). Con relación a este último principio (Luzón, 2016) señala que:

Se conoce también como “mandato de precisión, determinación, certeza o taxatividad” (y sería también una derivación de las exigencias de *lex stricta (certa) et scripta*, en el sentido de que sea un texto escrito formulado con precisión). Supone que el aspecto de seguridad jurídica del principio de legalidad se vería conculcado si se utilizan fórmulas vagas, imprecisas o indeterminadas en la descripción de la conducta típica, o en la definición de los límites de sus consecuencias jurídicas; pues, además, ello acaba significando dejar en manos del juez la precisión de los límites, vulnerando así la exclusividad del legislativo en esta materia (p. 74).

Teniendo en cuenta lo anterior, no solo se menoscaban las garantías referidas sino que, como cita la autora María Pilar Marco Francia, “la tendencia expansiva del Derecho penal hace que el principio de intervención mínima y, con él, la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, sufra y, en apariencia, se desvirtúe” (Marco, 2018, p. 193), Sobre este punto es útil recordar lo que nos indica el maestro Santiago Mir Puig:

El principio de la «máxima utilidad posible» para las posibles víctimas debe combinarse con el de «mínimo sufrimiento necesario» para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible.

Entra en juego así el «principio de subsidiariedad», según el cual el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado «carácter fragmentario del Derecho penal» constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado «principio de intervención mínima»

A) Para proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una *ultima ratio* (Mir Puig, 2008, p. 161).

Entre otras garantías que se pueden ver afectadas por esta conducta en concreto, también encontramos, como menciona Frutos (2013, p. 343), el “*ne bis in idem*, proporcionalidad y seguridad jurídica fundamentalmente”.

En esa lógica, las construcciones regulatorias penales deben atender a un estándar que limite, en términos razonables, conductas que sean verdaderamente graves.

Circunstancias como éstas, y la influencia, en algunos casos, de una política invasiva supranacional, han llevado a que autores como Arias (2011, p. 26) señalen que se trate de una conducta propia del “Derecho penal del enemigo”.

Cabe hacer mención que, en algunos procesos por este delito, se han usado instituciones que no son propias del Derecho Penal, entre ellas, la figura de la “Carga Dinámica de la Prueba”, ajena en términos generales a la naturaleza propia del proceso penal actual, pero aplicada, en muchas situaciones, a los casos por lavado de dinero.

3.2. Carga Probatoria en materia de lavado de activos

En materia probatoria, sobre este delito, en particular, se han construido distintas posturas relacionadas con la forma de demostrar su existencia en el marco de los procesos penales que se adelanten, donde se determinan las obligaciones propias de cada uno de los sujetos procesales a la hora de probar o actuar en el desarrollo de las actuaciones judiciales.

Sobre este punto, se hará un breve recorrido sobre algunas de las sentencias que ha emitido la Corte Suprema de Justicia con relación a la prueba en materia de lavado de dinero.

Dentro de las primeras decisiones de la Corte Suprema por esta conducta encontramos una postura bastante acorde con lo que, en materia de respeto a garantías se puede esperar, y es básicamente una construcción teórica donde se señala la obligación que tiene el Estado de que se evidencie la procedencia ilícita de los bienes objeto de lavado, en el que la imposibilidad de dicha demostración provocará la absolución por este delito –en términos generales, por duda en cuanto a la procedencia del capital–; dicho pensamiento es desarrollado en la sentencia con número de radicado 22.179 del 9 de marzo de 2006, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero, donde se indica:

Es, pues, un hecho irrefutable, que compete al Estado jurisdiccional el deber de demostrar que el incremento patrimonial no justificado tiene en su origen mediato o inmediato un nexo o conexión con actividades delictivas. El proceso penal debe contar con aquellos elementos de convicción suficientes orientados a dicha comprobación, sin que pueda ser admisible asumir –como termina haciéndose en la propuesta de la demandante–, ***una presunción de ilicitud de los bienes si los imputados no explican convincentemente la fuente de los mismos, lo que configuraría una intolerable inversión de la carga de la prueba que corresponde al Estado*** (Negrilla por fuera del texto original).

Como señala en esta decisión la Corte, sería una carga no atribuible a los ciudadanos justificar la “licitud” de su patrimonio o de los activos que poseen, sino que es una función propia del Estado con su ente de persecución –en el caso colombiano, la Fiscalía General de la Nación– de probar que los bienes que se encuentran en cabeza

de un ciudadano –sin perjuicio del título bajo el cual hayan adquirido dichos bienes– tienen un origen mediato o inmediato en alguna de las actividades ilícitas precedentes que señala el artículo 323 del Código Penal, y es que, como bien concluye la Corte, en sentido contrario a este generaría una *intolerable inversión de la carga de la prueba*.

Por otro lado, y en contra de lo que señalaba la Corte en la decisión anterior, en sentencias posteriores establecería que, cuando el ciudadano no demostrara la legitimidad del capital, se entendería constituido el tipo penal de lavado de activos. En ese sentido, la sentencia con radicado 23.174 del 28 de noviembre de 2011, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, de una forma contradictoria a lo planteado con anterioridad, dijo lo siguiente:

Suponiendo que jamás se detecta, con certeza, la verdadera naturaleza del dinero, de todas maneras, habrá que concluir que, la conducta de la sentenciada, es lavado de activos, puesto que el comportamiento consistió en aparentar la legalidad, en ocultar el origen ilícito de determinada suma [...]

Dicha posición sería reiterada con posterioridad en la sentencia n.º 23.754 del 9 de abril de 2008, magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, agregando sobre la carga probatoria en materia de estos delitos lo siguiente:

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste–, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Debe recordarse que la figura de la Carga dinámica de la prueba, desarrollada en el campo administrativo y aplicable al área civil, no opera en el Derecho Penal, pero que, de la forma como lo expone la Corte en esta sentencia, parece que en materia de esos delitos, más que tratarse de la aplicación de la figura o de una inversión de la carga probatoria, es la simple dinámica de los procesos penales, donde, en caso que la Fiscalía acredite determinada situación, la defensa debe activar su accionar en torno a desvirtuar lo ya probado por ésta.

Continuando con el análisis de la jurisprudencia de la Corte, en sentencia con número de radicado 40.120, del 18 de enero de 2017, magistrada ponente Patricia Salazar Cuellar, el Tribunal hace un desarrollo del lavado de activos en el área específica del asunto probatorio, destacando la importancia de los indicios a la hora de juzgar por este delito, al grado de conocimiento para condenar, y la plausibilidad de hipótesis alternas propuestas por la defensa; de esta manera señala:

En síntesis: (i) uno de los elementos del delito de lavado de activos es el origen directo o indirecto de los bienes sobre los que recaen los verbos rectores incluidos en la norma, en alguna de las actividades referidas en el artículo 323 del Código Penal (de secuestro, narcotráfico, etcétera); (ii) por tanto, ese aspecto inexorablemente debe hacer parte del tema de prueba; (iii) ese elemento del tipo penal, como los demás, debe demostrarse con certeza –racional– (ley 600 de 2000) o convencimiento más allá de duda razonable (ley 906 de 2004); (iv) su acreditación puede hacerse con “prueba directa” o “prueba indirecta”; (v) no es necesario que exista una condena previa por los delitos que generaron los bienes o las ganancias sobre los que recaen las acciones descritas en el artículo 323; (vi) tampoco es imperioso que se establezca que los delitos que dieron lugar a dichas ganancias o bienes ocurrieron en determinadas condiciones de tiempo, modo o lugar, pues lo determinante es establecer el origen directo o indirecto de ese patrimonio, en la actividad ilícita; (vii) no existe un régimen de tarifa legal para la valoración de los hechos indicadores, por lo que el juzgador debe evaluar en cada caso si los datos le imprimen suficiente fuerza a la conclusión; (viii) cuando la Fiscalía logra demostrar la hipótesis de la acusación, en el nivel de conocimiento indicado, la demostración de la plausibilidad de las hipótesis alternativas corre a cargo de la defensa cuando es quien tiene más fácil o exclusivo acceso a las pruebas; (ix) mientras la hipótesis de la acusación debe demostrarse en el nivel de certeza (racional) o convencimiento más allá de duda razonable, las hipótesis alternativas que alega la defensa, si bien no están sometidas a ese estándar, deben ser verdaderamente plausibles».

Esta decisión además de marcar algunos derroteros relevantes para la edificación del delito en cuestión, postula elementos en el área de prueba que han de ser tenidos en cuenta por el juzgador a la hora de dictar sentencia y por las partes a la hora de demostrar la existencia o no de una actividad de lavado de dinero.

Por último, en reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia acierta al explicar que la obligación de demostrar la procedencia ilícita de los bienes está en cabeza de la Fiscalía, y hasta en tanto dicha hipótesis no quede demostrada debidamente no tiene por qué el ciudadano probar el origen legal de sus bienes, incluso en aquellos casos en los que su posición sea de silencio o pasiva, de esa manera señala la Corte en sentencia con número de radicado 49.906 del 6 de mayo de 2020, magistrado ponente Luis Antonio Hernández Barbosa lo siguiente:

Siguiendo esta lógica, en los procesos que se adelanten por los delitos de *lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares*, también corre por cuenta de la Fiscalía la carga de demostrar su ocurrencia y la responsabilidad penal del procesado. De ahí que solo a condición de que se satisfaga la hipótesis de la acusación, *se invertirá la carga de la prueba y se activará para la defensa la posibilidad de proponer y probar una tesis alternativa que explique, en el caso de estos tipos penales, la procedencia u origen lícito de los bienes involucrados en los hechos de la acusación* (Cursivas por fuera del texto original).

Como se puede ver, dicha postura va más acorde con el respeto de las garantías ciudadanas frente a aquellas decisiones que puedan señalar unas reglas probatorias diferentes con relación a ese delito, y es que, de la forma explicada, es claro que en la práctica judicial se han presentado situaciones en las que es bastante debatible el respeto por los derechos ciudadanos en el marco de los procesos por lavado de activos, siendo sentencias, como la anterior, construcciones jurisprudenciales que permiten a los operadores judiciales fallar en sus decisiones, de una manera más acertada a lo que plantea el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, y una vez analizadas las sentencias citadas, se puede concluir la existencia de dos grandes posturas en torno a la prueba y los procesos en materia de lavado de activos: a. Deber del Estado de demostrar el origen ilícito de los bienes, sin posibilidad de presumir la ilicitud de los activos cuando los ciudadanos no explican suficientemente el origen de los mismos o guardan silencio en torno a la obtención de estos; y b. Obligación del Estado de demostrar la ilicitud de los bienes, con la implicación de que el ciudadano puede llegar a ser condenado si no acredita de forma suficiente o tiene una posición pasiva sobre el origen de estos (supuesta aplicación de la Carga dinámica de la prueba). Siendo claramente, la primera posición de la Corte, la postura que menos riñe con las garantías penales.

3.3. La influencia del expansionismo penal sobre el delito de lavado de activos

No solo en algunos casos se penalizan conductas que son “socialmente aceptables”, sino que se lleva a que actos necesarios y comunes en el tráfico económico, como la privacidad financiera, la libre circulación de capitales o la negociación expedita, estén constantemente bajo sospecha general de las autoridades estatales y financieras (Fiolka, 2017), generando no solo que el desarrollo del mercado se debilite, sino que haya una persecución de conductas que son penalmente neutras. Ejemplo de lo anterior es que, en el trato hacia algunos sujetos —en el régimen del lavado de activos los denominados sujetos obligados—, se establecen parámetros que edifican una “filosofía de la sospecha” sobre determinados activos, que, a efectos del impacto sobre la sociedad civil o el capital de la comunidad, no generan más que consecuencias negativas, situación que a voces de los principios básicos de Derecho Penal menoscaba, por ejemplo, la presunción de inocencia sobre sujetos concretos (Menaut, 2019, p. 120), construyendo más bien un principio de “*presunción de ilegalidad*”, como se indicó en párrafos pasados.

Incluso, situaciones como las anteriormente descritas, llegan a abrir la posibilidad de preguntarse si los tratamientos amplios del lavado de activos por los aparatos judiciales o su misma regulación por los legisladores son expresiones de un Derecho Penal de autor, que, con el argumento de incrementar su eficacia ante las formas más graves de delincuencia, permiten que la moral se encuentre en lugares que están reservados al Derecho (Rodríguez, 2018, pp. 272-273). Lo anterior posibilita concluir que los esfuerzos en contra de esta criminalidad no estén equilibrados con la necesidad de armonizar las garantías fundamentales de los ciudadanos y las normas que componen los distintos ordenamientos (Militello, 2014, p. 242).

El objeto claramente de este análisis no es negar la necesidad de proteger la obtención y construcción de capitales lícitos, entre otras cosas, porque a voces del artículo 34 de la Constitución Política se señala que “[...] por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”. A partir de allí, se entiende que el Estado no admite que se edifiquen patrimonios con algún origen ilícito. Sin embargo, para el cumplimiento de ese fin, el Derecho Penal no puede ser instrumentalizado para sancionar cualquier comportamiento que pueda afectar o desviar el normal flujo del orden económico social, sino que debe ser usado única

y exclusivamente para enfrentar los comportamientos más graves que desconozcan dicho bien jurídico (García, 2016, pp. 59-60).

De la manera como anota Pereira (2018, p. 56), el Derecho en lo que respecta al lavado de activos ha adoptado una función instrumental en beneficio de los distintos fines políticos, económicos o financieros, siendo tal situación la que hace que este deje de tener un fin propio en el que encuentre su justificación y no vaya más allá del cumplimiento de las necesidades de esa política o de la economía; teniendo en cuenta que, si bien el Derecho siempre estará determinado por causas ajenas a él mismo, su estructuración debe atender a unos parámetros de limitación y reflexión a la hora de poner en ejercicio regulatorio las influencias externas que son constantemente ejercidas sobre ese medio de control social.

No solo es reprochable el uso irracional del Derecho Penal en algunos de los casos que se mencionaban en párrafos anteriores, sino que, además, cuando existe un Derecho Penal globalizado, como el observado en los últimos años con relación a los desarrollos normativos en materia de lavado, es dable concluir la postura planteada por Arias (2017), cuando señala que:

“[...] los costos de ese derecho penal de la globalización lo sufragan los ciudadanos, sobre quienes recae una pesada carga con relación al conocimiento del origen lícito o ilícito del dinero de terceros, y quienes además están bajo un alto riesgo de criminalización ante cualquier contacto con dinero que haya sido originado directa o indirectamente en la realización de actividades delictivas” (p. 128).

Y es que, como se ha indicado, se ha vuelto común que ciertos comportamientos dentro del flujo financiero, anteriormente catalogados como “normales” o “neutros”, sufran presunciones contrarias a lo que en términos generales representan; sin obviar, claramente, que, en algunos casos, haya que tomar medidas más adecuadas para su tratamiento, las cuales no deben ser necesariamente controles penales.

Sobre el punto señalado anteriormente, es importante destacar la postura que Silva (2011) plantea sobre esta clase de delitos:

“La expansión del Derecho penal responde a causas diversas, que resulta imposible sintetizar aquí. Entre ellas, con todo, conviene mencionar a la propia globalización de la criminalidad, que genera la pretensión de evitar “paraísos

penales”; y la desconfianza en el Derecho administrativo como mecanismo de gestión de riesgos. En todo caso, en la expansión se manifiesta de modo común una confianza exacerbada en la capacidad del Derecho penal como mecanismo de resolución de conflictos sociales; o, en otros términos, una cesión al Derecho penal de amplias funciones de protección y prevención que éste, sin embargo, no puede cumplir. En efecto, el Derecho penal material fracasa cuando se le obliga a afrontar macro problemas que desbordan su estructura concebida para fenómenos individuales o, en todo caso, individualizables” (p. 131).

Sobre el desarrollo conceptual del profesor Silva, en concreto, parece lógico que se justifique el uso del Derecho Penal en ámbitos en los que generalmente no tendría aplicación, pero que en últimas, como bien concluye el maestro, sobrepasan el alcance del mismo, lo cual hace cuestionar si las medidas que se han adoptado en la materia para controlar actividades como el lavado de activos, son verdaderamente efectivas o si más bien solo sirven como limitación exagerada de los derechos de los ciudadanos a quienes aplican, cuando se tendría la posibilidad de emplear controles menos lesivos, pero más eficaces.

Haciendo referencia, en específico, a algunas de las maneras en que el Estado ha hecho frente a estas conductas delictivas —como la creación de sujetos obligados, que se mencionó— sucede que las autoridades estatales han perdido sus funciones regulatorias, sancionatorias y de ejercicio de fuerza física, y las han delegado a los mismos ciudadanos, deslegitimando de una u otra forma los principios sobre los cuales se erige (Paul, 2009, p. 297); situación que en términos generales es “normal” en otros contextos del Estado, pero que, en materia penal, puede tener serias repercusiones en las garantías ciudadanas.

Por otro lado, no cabe duda de que los efectos sociales negativos del sometimiento a un proceso penal se dan con independencia de cualquier delito, pero adquiere relevancia cuando se trata de lavado de activos, toda vez que se genera un debate mediático en torno a los casos más notorios, siendo la sociedad quien ejerce la valoración de los actos de que se trate. En palabras de Mestre (2013, p. 144), es la comunidad quien “[...] realiza un juicio social de condena o absolución, que marca la imagen del afectado, y puede distorsionar muy seriamente la eficacia del procedimiento penal que se sigue por los mismos hechos”. Lo anterior debido a que, en ge-

neral, cuando se tratan de grandes operaciones de lavado de dinero, el escándalo social es de tal magnitud que no escapa al juicio personal de los ciudadanos del común.

Inclusive, como consecuencia de la flexibilización del Derecho Penal y de la extralimitación en materia de política criminal sobre este punto en concreto, se ha llegado a consagrar algunas figuras de discutible construcción dogmática, entre ellas, la que, en algunos ordenamientos, se conoce como “blanqueo imprudente”¹⁰, apareciendo una modalidad culposa del delito de lavado de activos, generalmente fundamentado en que existen unas actividades particularmente riesgosas en las cuales, en palabras de Gómez (2018, p. 214), se “[...] deben tener bien presente que sobre ellas pesa constantemente la amenaza penal, y a los que se impone deberes a partir de los cuales deriva la responsabilidad penal, debido a la especial cercanía con el bien jurídico”, pero que, como señala el autor, son medidas que tienen su origen en la ampliación del Derecho Penal.

Conclusiones

- El delito de lavado de activos es una de las figuras delictivas de mayor importancia en los Estados actuales y bajo las dinámicas económicas de los tiempos modernos, sin olvidar sus implicaciones históricas.
- La complejidad que representa el blanqueo de capitales ha llevado a que, tanto autores como autoridades estatales, hayan tenido grandes dificultades a la hora de explicar y legislar en torno a esa figura.
- Su tipificación y las medidas tomadas sobre el mismo han llevado a que distintos Estados, en medio de su regulación y aplicación, hayan afectado garantías fundamentales de los ciudadanos en el marco de los procesos penales por ese delito.
- Por último, el lavado de dinero es producto de las tendencias expansivas del Derecho Penal y de la criminalización de conductas abstractas que aparentemente atentan contra el orden económico social.

10 Sobre este punto véanse los casos español, suizo o alemán.

Bibliografía

Arias Holguín, D. P. (2017). “Política criminal supranacional, secreto profesional y lavado de activos”. En: Carrión Díaz, J. E. y Viveiros, C. (coordinadores), *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, Tomo III. Ed. Grijley.

Arias Holguín, D. P. (2011). Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP). *Iustel*.

Blanco Cordero, I. (2015). “La prevención del blanqueo de capitales”. En: Nieto Martín, A. (director), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch.

Del-Carpio-Delgado, J. (2017). “La necesaria delimitación del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales”. En: Zúñiga Rodríguez, L. (directora), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*. Tirant lo Blanch.

Del Rosal Blasco, B. (2017). “Delito fiscal y blanqueo de capitales: La discusión tras la reforma del 2012 sobre el tipo básico del delito fiscal en el Código Penal español”. En: Carrión Díaz, J. E. y Viveiros, C. (coordinadores), *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, Tomo III. Lima: Ed. Grijley.

De Vicente Martínez, R. (2019). “Principios constitucionales y fundamentos del Derecho penal económico”. En: Camacho Vizcaino, A. (director), *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch.

De Vicente Martínez, R. (2018). *Vademécum de derecho penal*. Tirant lo Blanch.

Fabián Caparrós, E. A. (2018). “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta”. En: *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Departamento contra la delincuencia organizada transnacional de la Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de los Estados Americanos*.

Fabián Caparrós, E. A. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.

Fiolka, G. y Bussmann, A. (2017). “El lavado de activos en el derecho penal suizo”. En: Carrión Díaz, J. E. y Viveiros, C. (Coordinadores), *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, Tomo II. Ed. Grijley.

Frutos Paredes, M. (2013). “Blanqueo de capitales y los delitos cometidos en otros Estados”. En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coordinadores). *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch.

García Caverro, P. (2016). *El delito de lavado de activos*. Editorial B. de F.

García Gibson, R. (2014). *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*. INACIPE.

Gómez Iniesta, D. J. (2018). “Utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del blanqueo de dinero”. En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coordinadores). *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch.

Hurtado Pozo, J. (2015). *Compendio de derecho penal económico. Parte general*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Jorge, G. (2008). "El decomiso producto del delito". En: Jorge, G. (director). *Recuperación de activos de la corrupción*. Editores del puerto, 2008.

Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2013). "Ganancias criminales y ganancias no declaradas (El desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)". En: AAVV, *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Tirant lo Blanch.

Marco Francia, M. P. (2018). "Criminología, Derecho Penal económico y Derechos Humanos". En: Demetrio Crespo, E. y Nieto Martín, A. (directores). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.

Méndez Rodríguez, Cristina. (2017). "Organización criminal transnacional y criminalidad organizada transnacional. Utilidad de la diferenciación en el código penal". En: Zúñiga Rodríguez, L. (directora), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*. Tirant lo Blanch.

Mestre Delgado, E. (2013). "Las campañas mediáticas sobre el blanqueo". En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coordinadores), *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Tirant lo Blanch.

Militello, V. (2014). "Hacia un Derecho penal europeo contra el crimen organizado". En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coordinadores), *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch.

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ed. Reppertor.

Morón Lerma, E. (2014). "El perfil criminológico del delincuente económico". En: García Arán, M. (directora). *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2009). Conclusiones de "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales". En: Abel Souto, Miguel y Sánchez Stewart, N. (directores), *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Tirant lo Blanch.

Oliva García, H. (2009). "La defensa ante la acusación por blanqueo de dinero". En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (directores), *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Tirant lo Blanch.

Palma Herrera, J. M. (2000). *Los delitos del blanqueo de capitales*. Edersa.

Pardo Mateos, R. J. (2010). "Fenomenología del delito: delincuencia tradicional y nuevas formas de delincuencia". En: Collado Medina, J. (Coordinador), *La investigación criminal y sus consecuencias jurídicas*. Dykinson.

Paul Möller, E. J. "La prevención del blanqueo de capitales (2009). *Hacia el Derecho Penal del Adivino*". En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (directores), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch.

Sánchez Bernal, J. (2017). “Nuevos retos ante la nueva criminalidad económica: el decomiso de bienes titularidad de la empresa”. En: Berdugo Gómez de la Torre, I.; Fabián Caparrós, E. A. y Rodríguez García, N. (directores). *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales Iberoamericanos*. Tirant lo Blanch.

Sintura, F.; Martínez, W. y Quintana, F. (2014). *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*. Legis Editores S. A.

Torres Dos Santos, Á. (2019). “Orígenes del blanqueo de dinero”. En: Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (Coordinadores), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch.

Vidales Rodríguez, C. (2018). “Del blanqueo como amenaza a la amenaza del blanqueo”. En: González Cussac, J. L. y Flores Giménez, F. (coordinadores). *Seguridad y derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.

Sentencias Corte Suprema de Justicia

(6 de mayo de 2020). Sentencia 49.906 [M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa].

(18 de enero de 2017). Sentencia 40.120 [M. P. Patricia Salazar Cuellar].

(9 de abril de 2008). Sentencia 23.754 [M. P. Sigifredo Espinosa Pérez].

(28 de noviembre de 2007). Sentencia 23.174 [M. P. Alfredo Gómez Quintero].

(9 de marzo de 2006). Sentencia 22.179 [M. P. Alfredo Gómez Quintero].

