

Aspectos fundamentales del delito de lavado de activos Una visión desde la legislación colombiana y la guatemalteca

Key aspects of the crime of money laundering
A view from the Colombian and Guatemalan law

HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO

*Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor por la misma Universidad. Profesor Titular de la Universidad de Ibagué. Profesor de posgrado en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.
hahernandezq@hotmail.com*

Recibido: Mayo 20 de 2009

Aceptado: Junio 15 de 2009

RESUMEN

Una de las formas que se han ideado los estados para combatir el delito la constituye el despojar al delincuente del producto de su ilícito. Conociendo que desde siempre para el delincuente ha constituido una gran dificultad la utilización del producto de su ilícito, las legislaciones del mundo han venido tipificando como delictual el lavado de activos. La necesidad de sancionar a quienes, sin haber participado en el punible, prestan una ayuda eficaz a los responsables de la delincuencia, ya sea obstruyendo la persecución oficial o colaborando para ocultar y hacer efectivo el beneficio del hecho desviado, ha obligado a la tipificación del hecho punible autónomo del lavado de activos, como ha sucedido en Colombia en los artículos 323 y 325 del Código Penal (modificado por la Ley 1357 de 2009). En el presente artículo de revisión se realiza un análisis de los aspectos generales de este tema y su regulación penal tanto en Colombia como en Guatemala.

Palabras clave: *Lavado de Activos. Delincuencia organizada, Narcotráfico, enriquecimiento ilícito, secuestro, venta de armas, corrupción administrativa*

ABSTRACT

One of the ways that states have designed to attack the crime it is depriving the offender of the proceeds of their illicit. Knowing that from always for the delinquent has constituted a great difficulty the utilization of the product of his illicit one, the legislations of the world have come typifying felonies the wash of assets. The need to sanction to whom, without had taken part in the punishable one, they give an effective help to the persons in charge of the delinquency, either is obstructing the official pursuit or collaborating to conceal and to make effective the benefit of the deviant fact, it has forced to the classification of the autonomous punishable act of the wash of assets, since it has happened in Colombia in the articles 323 and 325 of the Penal Code (modified by the Law 1357 of 2009). In the present review article provides an analysis of the general aspects of this topic and its penal regulation in both Colombia and Guatemala.

Key words: *Money Laundering. Organized crime, drug trafficking, illicit enrichment, kidnapping, arms sales, administrative corruption*

Introducción

Desde siempre, para el delincuente ha constituido una gran dificultad la utilización del producto de su ilícito. En ocasiones, cuando se trata de infractores que inician su vida criminal o quienes no pertenecen a un grupo organizado, es de predecir que el imprevisto gasto del dinero y las excentricidades que acompañan siempre el dinero obtenido con facilidad, tales como la adquisición inmediata de bienes suntuarios, el derroche en licor y prostitución, entre otros, pondrán en evidencia al responsable del punible.

Tratándose de delincuencia organizada, se impone un adecuado proyecto de inversión del fruto del delito lo que sugiere contar con cómplices dispuestos a ocultar tales recursos y a encubrir el camino que dichos dineros deben seguir, con el objeto de tratar de eludir la acción estatal.

La necesidad de sancionar a quienes, sin haber participado en el punible, prestan una ayuda eficaz a los responsables de la delincuencia, bien obstruyendo la persecución oficial o colaborando para ocultar y hacer efectivo el beneficio del hecho desviado, ha obligado en el pasado a la tipificación del hecho punible autónomo del encubrimiento, por favorecimiento o por receptación, como ha sucedido en Colombia en los artículos 446 y 447 (modificado por la Ley 813 de 2003) del estatuto de penas.

Esta figura ha cobrado inusitada importancia, toda vez que los países se han preocupado por reducir y procurar la eliminación de las ganancias que generan ilícitos de nefastas consecuencias para la sociedad como el narcotráfico, el enriquecimiento ilícito, el secuestro, la trata de blancas, la venta de armas, la corrupción administrativa, entre otros, los cuales presentan también una clara internacionalización. A pesar de la carencia de cifras exactas, se ha dicho por los estudiosos del tema que a nivel mundial se lavan anualmente US\$ 300 mil millones. Jean Ziegler, en su libro *Suiza lava más blanco*, deja sentado que

“Lavados e invertidos según técnicos procedentes de un conocimiento exacto de los circuitos financieros y fiscales del mundo entero, los beneficios de la droga representan hoy un mercado fantástico que se cifra en una suma situada entre trescientos y quinientos mil millones de dólares por año”¹.

El Grupo de Acción Financiera (Financial Action Task Force), creado en 1989, por recomendación del Grupo de los Siete (G-7), “valoró la ganancia bruta obtenida de la venta

de cocaína, heroína, y marihuana, en aproximadamente ciento veintidós mil (122.000) millones de dólares por un año para Europa y Norteamérica. Además, se calculó que más de las dos terceras partes de dicha suma están consideradas a efectos de lavado y reinversión”².

En Colombia, se ha estimado que anualmente puede lavarse hasta siete billones de pesos, como lo deja conocer el investigador asociado de Fedesarrollo Roberto Steiner Sampedro, quien expresa:

“Y la cifra de \$7 billones se populariza en Colombia. Así, en su edición de diciembre 11 de 1995, Cambio 16 Colombia señalaba que ‘la Asociación Nacional de Exportadores’ cree que el monto del lavado en Colombia llega a US\$ 7.000 millones anuales de los cuales 3.000 se atribuyen al contrabando, 3.000 al narcotráfico y 1.000 a otros delitos. Sin embargo, se hace la salvedad de que al menos la mitad del contrabando tiene que ver con la primera etapa del lavado de activos producido por la venta de drogas. Los últimos casos descubiertos demuestran que al país llega una mínima parte del dinero del narcotráfico. De manera que los 7.000 no son 7.000 sino 5.500, y (4.500) serían tan solo una mínima parte de lo que produce el negocio”³.

Salomón Kalmanovitz, al comentar un estudio adelantado por la Universidad Nacional, afirmó que “Entre el contrabando físico de los sanandresitos y el técnico que se efectúa a través de la subfacturación, doble facturación y la evasión de las declaraciones aduaneras se lavan anualmente unos US\$2.500 millones; ese monto equivale a una quinta parte de las importaciones”⁴.

Con el objeto de honrar el compromiso adquirido por nuestro país al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 y aprobada en Colombia, mediante la Ley 67 del 23 de agosto de 1993, se consagró el lavado de activos como una forma de encubrimiento, modificándose para tal fin el artículo 177 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), a través de la Ley 190 de 1995, conocida como el Estatuto Anticorrupción, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la Corrupción Administrativa”, dictada el 6 de junio de 1995.

2 Albrecht, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001. Trad. Oscar Julián Guerrero Peralta, p. 60.

3 Steiner Sampedro, Roberto. *Los ingresos de Colombia producto de la exportación de drogas ilícitas*. En Coyuntura Económica. Bogotá, Diciembre de 1996, p. 76.

4 *El Espectador*, diario económico, martes 1 de julio de 1997, sección B, página 1-B.

1 Ziegler, Jean. *Suiza lava más blanco*. Bogotá, Intermedio Editores, 1990, p. 23.

Se quiere señalar con lo dicho que, Colombia, que tenía el compromiso de tipificar como delito el lavado de activos, prefirió, en ese momento, utilizar una figura autónoma ya existente en el Código Penal, el encubrimiento, adicionándole una serie de verbos rectores que buscan ampliar las posibilidades de sanción e incluyendo algunos agravantes. De esta forma entendió satisfechos los mandatos de la convención de Viena.

Para la estructuración del delito se siguió de cerca las recomendaciones preparadas por un grupo de 13 expertos de países de América, convocados por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad) bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el documento conocido como "Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos", el cual fue aprobado por la Asamblea General de la OEA, en su octava sesión plenaria celebrada el 23 de mayo de 1992. Asimismo, se tomaron en cuenta los parámetros contenidos en la citada convención de Viena suscrita, entre otros países por Colombia, el 20 de diciembre de 1988 y aprobado por la Ley 67 de 1993, con algunas reservas.

Una vez se inició la aplicación de la nueva modalidad de receptación, pudo advertirse las dificultades que se presentaban, particularmente la imposibilidad de sancionar el responsable por el concurso de delitos entre el punible que genera los recursos sucios y el propio comportamiento desviado del lavado de activos. Asimismo, era evidente la inequidad punitiva al sancionar con penas semejantes a un reciclador de activos, que a quien receptaba el producto de un pequeño hurto.

Para superar el inconveniente mencionado en precedencia, el Gobierno Nacional presentó, dentro del Proyecto de Ley "Para acabar con el narcotráfico y el crimen organizado", dos normas específicas sobre lavado de activos, incluyendo en ellos la sanción del funcionario del sector financiero por la omisión en el cumplimiento de los controles establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para evitar que las entidades del sector puedan ser utilizadas para tan odioso proceder.

Por su parte, la Superintendencia Bancaria impulsó en el Congreso otro proyecto de ley que buscaba aumentar las sanciones administrativas por el incumplimiento de los controles para prevenir el lavado de dineros, proponiendo multas institucionales hasta de un mil millones de pesos, y personales hasta de cincuenta millones de pesos.

Finalmente, las dos iniciativas se fusionaron y fueron aprobadas en la Ley 365 del 21 de febrero de 1997, "Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la de-

linuencia organizada y se dictan otras disposiciones". Así, se creó en el Código Penal, en el Título VII, "Delitos contra el orden económico social", el Capítulo Tercero, para sancionar el lavado de activos, en el cual se incluyen los siguientes artículos: 247A. Lavado de Activos; 247B. Omisión de Control; 247C. Circunstancias específicas de agravación punitiva; 247D. Imposición de Penas Accesorias. Ahora, en el Nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), se mantiene la redacción de esas normas sobre el lavado de activos, con ligeros retoques.

En el presente artículo se presenta un estudio básico sobre el concepto de lavado de activos, los pasos que regularmente se siguen en dicho proceso, los métodos que tradicionalmente se utilizan para esta delincuencia y se comenta la forma como se encuentra tipificado el tipo penal de lavado de activos en Colombia y en Guatemala.

Concepto de blanqueo de activos o de dinero

Son innumerables los conceptos que se conocen sobre el lavado de activos, pero todos están conectados, indefectiblemente, con el propósito de ocultar el origen ilícito de los recursos y su posterior vinculación al torrente económico de un territorio.

Así, podríamos reseñar la opinión de algunos autores desde su óptica de legisladores, de criminólogos o de estudiosos de la ciencia jurídica.

Andrés Reggiardo, presidente de la Comisión Primera del Parlamento Andino, ha anotado sobre el tema: «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»⁵.

Para Paul Vaky, "El lavado de dinero realmente es un concepto muy simple, lo podemos definir como el 'producto de una transacción financiera mediante la utilización de bienes provenientes de un delito de cualquier forma, con el propósito de cometer otro delito penal al esconder el origen del dinero, a su dueño o evitar un requisito de registro de transacción de efectivo o también para cometer una ofensa tributaria al esconder nuevamente el efectivo'"⁶.

Una opinión de carácter operativo ha sido aportada por Kirk W. Munroe y William L. Richey, cuando, de manera

5 Vilera Juan, Estanga Iván (compiladores). *El lavado de activos en los países andinos*. La Paz, Bolivia, 24 y 25 de mayo de 1994. Gente Nueva Editorial. Santafé de Bogotá, D.C. 1994.

6 Diario *La República*, sábado 27 de mayo de 1995, p. 26 y 27.

sencilla, expresan que *“Lavado de dinero es intentar ocultar o disfrazar la verdadera fuente de propiedad de dinero ilícitamente devengado”*.

Eduardo A. Fabián Caparrós, autor español, estudioso como el que más de este tema, señaló en su trabajo doctoral, titulado *“El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales”*:

*“Coherentes con el citado planteamiento, cuando recurramos al empleo de expresiones tales como “blanqueo”, “lavado”, “reciclaje”, “normalización”, “reconversión” o “legalización” de bienes –y siempre que entonces no indiquemos otra cosa– queremos referirnos al proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas 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”*⁷.

En síntesis, se asume el concepto expuesto en el Instructivo de la Superintendencia Bancaria, que indica que:

*“En términos sencillos, el lavado de activos consiste en el proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y los subsiguientes actos de simulación respecto de su origen, para hacerlos aparecer como legítimos”*⁸.

Desde luego, el lavado de activos es una de aquellas conductas criminales catalogadas como pertenecientes a la criminalidad transnacional organizada, en la medida que no respeta límites de frontera, caracterizados, como lo señala acertadamente Hans-Jörg Albrecht, *“Por el hecho de que el delincuente aprovecha las oportunidades que se le ofrecen para cometer delitos, transferir bienes ilegales o asumir riesgos no permitidos más allá de las fronteras”*⁹.

Pasos seguidos en el lavado de activos

Quienes se han dedicado al estudio de esta problemática han detectado que, generalmente, son tres los pasos que sugiere el proceso por medio del cual se pretende dar visos de legalidad al dinero proveniente de actividades delictuales. Ellos son: La colocación física de la moneda

en el sistema financiero; la diversificación de los fondos a través de una serie de transacciones y la integración de dichos recursos a la cadena comercial normal.

La primera operación supone el entregar el dinero a una entidad financiera. Como enseña el proverbio chino, el mejor lugar para ocultar un árbol lo constituye el bosque. De esta forma, el mejor sitio para esconder el dinero mal habido, lo constituirá el sistema financiero, que es donde existe numerario de operaciones lícitas. Este paso, aparentemente el más sencillo, cada vez se torna en el de mayor complejidad toda vez que, día a día, se establecen nuevos controles para revisar las consignaciones o las operaciones en general, como la compra de títulos, acciones, transferencias telegráficas, entre otras, a fin de evitar que el sistema bancario sea utilizado sin su consentimiento para esta conducta desviada. Las entidades financieras vienen adoptando precisos instructivos para sus empleados con el propósito de evitar ser utilizados para tan odioso comportamiento.

En un segundo estadio, conocido también como de *“Estratificación o mezcla con fondos de origen legal”*, una vez introducido el dinero en el sector financiero, el lavador procura que el rastro del dinero no sea fácil de seguir por auditores, fiscales, jueces y autoridades en general. Para ello, realiza una serie de operaciones financieras, particularmente el traslado de dichos fondos a otras entidades bancarias, en lo posible a países reconocidos como paraísos financieros, con laxos controles en la introducción de dicho dinero y con estricto rigor de la reserva bancaria. Por fortuna, en razón a la lucha internacional contra una identificada delincuencia, cada vez son menos estos lugares, como habrá de demostrarse al ocuparnos de este tema.

Con todo, no puede olvidarse que en algunos países diariamente se constituyen sociedades de papel, con amplitud de objeto social, que en el momento de su creación no desarrollan ninguna de las allí señaladas, pero que están a disposición de los delincuentes para que las utilicen en sus aviesos propósitos. Estos comportamientos encuentran protección, muchas veces, en la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, tema ya digno de ser revisado, superando los conceptos de la ficción pues ya se ha demostrado hasta la saciedad que son una realidad, que operan y de qué manera, como lo afirmaban desde antiguo Gierke y Aquiles Mestre. Ya en el Estatuto comentado se ha avanzado en este sentido, cuando en el artículo 44 se establece que *“Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por éstas”*.

7 CAPARRÓS Fabián, Eduardo A. El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales. Un estudio sobre la tipificación desde las perspectivas jurídica y político-criminal. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, España, 1996.

8 Caparrós Fabián, Eduardo A. El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales. Un estudio sobre la tipificación desde las perspectivas jurídica y político-criminal. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, España, 1996.

9 Albrecht, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Ob. cit., p. 13.

El paso final, en cuanto toca al efectivo, conocido como la integración o inversión, se caracteriza por regresar el dinero al mercado de donde inicialmente salió, pero disfrazado de fondos legítimos, esto es, aparentemente legalizado, entregándosele a su original «propietario», pero evitando el riesgo de un adecuado seguimiento oficial. Asimismo, el dinero líquido puede convertirse en bienes muebles o inmuebles o en negocios de fachada, aparentemente ajenos a las actividades delincuenciales.

Múltiples son las formas de integración que la delincuencia ha imaginado y, seguramente, a diario seguiremos encontrando nuevos procedimientos, pues, como ya se ha afirmado, hoy existen verdaderos especialistas de tal conducta reprochable. De esta forma, bien puede prestarse el dinero al delincuente por medio de una compañía financiera establecida para tal fin, cobrando intereses y en general con el lleno de toda la documentación exigible para un crédito normal, con lo cual no existe aparente duda sobre el trámite y legitimidad de la operación.

El ciudadano puede obtener recursos para establecer un negocio o ampliar uno ya existente, con lo que extravía aún más a quienes pretenden investigarlo. En estas supuestas empresas, el delincuente cobra altos salarios u honorarios por dirección o asesoría, obtiene una alta pensión de jubilación o pagos periódicos, así como comisiones, viáticos o cuantiosos gastos de representación.

Aparentemente legalizado el efectivo, el proceso sigue su marcha con otro tipo de transacciones que no suponen el uso de efectivo, circunstancia que aleja, aún más, la posibilidad de rastrear el dinero ilícito.

Métodos tradicionales de lavado de activos

Si bien se ha aceptado que la mente delictiva es verdaderamente fértil para concebir métodos que conducen al lavado de dinero, se ha detectado ya algunos utilizados en forma recurrente, que indicamos a continuación:

El más conocido de todos es el *pitufeo* o estructuración, que consiste en dividir el dinero o lavar en pequeñas sumas que no alcanzan el límite establecido por las entidades de control o las mismas instituciones financieras, para exigir el lleno de formularios que señalan la procedencia y documentación adicional o que obliguen su reporte a las entidades de vigilancia y control, o a sus propias auditorías o revisorías.

Se usa también algunos negocios lícitos para mezclar, con los dineros bien logrados, los provenientes del crimen, en lo que se ha denominado como la corrupción de un

negocio lícito y cuyas consignaciones despiertan poca inquietud en el banquero, toda vez, que está acostumbrado a este tipo de transacciones en esas empresas. De esta forma podrían utilizarse, indebidamente, restaurantes, droguerías, bares, estaciones de servicio, grandes cadenas de almacenes, empresas de transporte, entre otros.

El método más elemental consiste en extraer físicamente el dinero, del país de origen, para consignarlo en territorios con escasa vigilancia financiera o paraísos financieros (Se ocultan en la persona, en el equipaje, en vehículos, aviones, juguetes, piernas artificiales, etc.); Ya se ha denunciado por connotados autores que a algunos países llegan maletas cargadas de dinero y como lo indicaba el periódico *El Espectador*, en la edición del 25 de marzo de 1993,

“El gran Ducado de Luxemburgo genera 227 mil millones de dólares consignados por extranjeros en sus bancos. Esos dineros provienen de oficinas denominadas buzones o cajas de correo, donde en 10 metros cuadrados se manejan millones de dólares merced al secreto bancario”.

Se ha detectado, también, el préstamo plenamente garantizado según el cual el residente de un país abre una cuenta en otro país del cual obtiene un préstamo por la suma igual a la que allí tiene depositada, para utilizarlo en su lugar de residencia. Como se advertirá, no se tiene ningún interés en el préstamo, sino en aparentar que el dinero que usa, proviene de una transacción legítima. Se afirma que este procedimiento fue utilizado en la defraudación del BCCI.

Son así mismo reconocidos como sistemas para el lavado de activos, la sobrefacturación o el uso de facturas comerciales excesivamente infladas por importaciones; el garantizar préstamos a empresas de terceros; el financiamiento o suscripción de títulos para urbanizaciones; la inversión extranjera con dineros ilícitos; la realización de pagos secretos; la utilización de cuentas inactivas; el cambio de moneda ilegal por cheques garantizados por un banco; la transformación de moneda ilegal en objetos preciosos o coleccionables; la inversión en el sector inmobiliario; la compra de empresas quebradas que generan ingresos por ventas al contado; la adquisición de hoteles, de agencias de viaje, de máquinas expendedoras; la adquisición de concesionarias de automóviles y la compra de casinos; la doble facturación, expidiendo una constancia en la que se aumenta considerablemente el verdadero valor de la operación y la compra de boletos de lotería premiados y, aún, el aprovechamiento de amnistías tributarias.

Tipificación del delito de lavado de activos en el código penal colombiano

Como lo anotamos en la presentación del presente artículo, Colombia, para cumplir con el compromiso adquirido en la Convención de Viena de 1988, por medio de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) amplió el texto del artículo 177 del Código Penal de 1980 (delito de Encubrimiento), para incluir allí los comportamientos que se relacionan con el Lavado de Activos. Más tarde, dictó la Ley 365 de 1997, con la que se adicionó al Código Penal tanto el punible de Lavado de Activos como la conducta de Omisión de Control. Finalmente, en el Código Penal del año 2000 (Ley 599 de 2000), se creó en el Título X “Delitos contra el orden económico y social”, el Capítulo V “Del lavado de activos” y en los artículos 323, 324 y 325, se regulo punitivamente las conductas que se estiman constituyen esta delincuencia. A su turno, el artículo 323 (Lavado de Activos), ha sido modificado por las Leyes 747 de 2002 y 1121 de 2006 y el 325 por la Ley 1357 de 2009.

Análisis dogmático del artículo 323 del nuevo Código Penal sobre lavado de activos

El artículo 323 del nuevo Estatuto Punitivo prescribe:

“Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, o le dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000), salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

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

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

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional”.

a. Sujeto Activo

Al igual que en el artículo 247 A, del Código Penal derogado, la conducta en estudio puede ser desarrollada por cualquier persona, esto es, que no se requiere de cualidad o calidad especial para ser responsable de la misma, es decir, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado. Asimismo, el comportamiento puede ser ejecutado por una sola persona, indicándose entonces que es un tipo penal monosubjetivo.

b. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de esta conducta es el Estado, toda vez que es este ente el titular del bien jurídico Orden Económico Social, el cual se pretende proteger o tutelar con las normas ubicadas en el título X del Código Penal, como en el lavado de activos. Asimismo, es al Estado al que le corresponde garantizar ese orden económico social, entendido como intervención del Estado en la economía, por expreso mandato de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política colombiana.

c. La Conducta

En términos similares a los utilizados en el tipo penal de lavado de activos consagrado en la Ley 190 de 1995 y en la Ley 365 de 1997 (Art. 247 A. Del Código Penal derogado), el artículo 323 del nuevo Estatuto de Penas, utiliza varios verbos rectores que al actualizarse generan la violación de la norma, siempre y cuando la finalidad sea ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes provenientes de los delitos de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, que son las que mencionaba el anterior código, amén de los que ahora agrega la norma, que son: el tráfico de armas; los delitos contra el sistema financiero; la administración pública o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir y los que incluyeron la Ley 747 de 2002 y 1121 de 2006, esto es, el tráfico de migrantes, la trata de personas, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

De esta forma, podría señalarse que la modificación que introduce el nuevo Código Penal a esta disposición consiste en ampliar el elenco de conductas delictuales generadoras del dinero sucio que se busca legitimar con la acción del sujeto activo (el lavador), situación que se repite con las leyes 747 de 2002 y 1121 de 2006.

Asimismo, se aplicará la sanción cuando las conductas descritas en los verbos rectores, se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

Los verbos rectores utilizados en el artículo en estudio son: adquirir, reguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar, administrar, dar apariencia de legalidad, legalizar, ocultar, encubrir, los cuales, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua tienen el siguiente significado:

«Adquirir: Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria, comprar, coger, lograr o conseguir. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.

Resguardar: Defender o reparar. Cautelarse, precaverse o prevenirse contra un daño.

Invertir: [...] hablando de caudales, emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas.

Transportar: llevar una cosa de un paraje o lugar a otro, llevar de una parte a otra por el porte o precio convenido.

Transformar: Hacer cambiar de forma a una persona o cosa. Transmutar una cosa en otra.

Custodiar: Guardar con cuidado y diligencia.

Administrar: gobernar, regir, aplicar [...] servir o ejercer algún ministerio o empleo.

Dar apariencia de legalidad: Simular legalidad.

Legalizar: Dar estado legal a una cosa.

Ocultar: esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista.

Encubrir: ocultar una cosa o no manifestarse. Impedir que llegue a saberse una cosa.

En la disposición se reitera el criterio de la norma anterior de que el lavado de activos se tipifica cuando se “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Siempre hemos considerado que esta expresión resulta suficiente para englobar todos los comportamientos a que

se refieren los verbos rectores utilizados en el tipo penal analizado, pues como lo afirma Diego Gómez Iniesta, “Se trata de una cláusula abierta que incorpora la posibilidad de comprender cualquier tipo de operación a través de la cual se produce un aprovechamiento de los bienes de un delito previo”¹⁰.

d. Objeto Material

El objeto material en este evento lo constituyen los bienes que tienen su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, tráfico de migrantes, trata de personas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

e. Objeto Jurídico

Si bien el comportamiento reseñado en la norma en estudio lesiona varios intereses jurídicos legalmente tutelados, el legislador, en acertada decisión, ubicó este tipo penal en los delitos contra el Orden Económico Social, los cuales aparecen contemplados en el título X del Código Penal en vigencia.

Si entendemos con el maestro Alfonso Reyes Echandía que el objeto jurídico es el interés que el Estado busca proteger a través de los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador, es preciso señalar que en el comportamiento plasmado en el artículo 323 como Lavado de Activos, el bien jurídico que se busca resguardar lo constituye el orden económico social que, en sentido estricto, como lo enseña el profesor Miguel Bajo Fernández, se identifica con la “regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país”¹¹.

En efecto, en Colombia se consagró la intervención del Estado en la economía desde la Constitución de 1886 (artículos 19, 31, 32, 33 y 34), se robusteció en las reformas de 1936 (artículo 32), 1945 (artículos 4 y 10). Fue precisada luego magistralmente en el artículo 32 de la reforma de 1968 y, en el pasado reciente, en forma más amplia, en los artículos 333, 334 y 335 de la nueva Constitución Política,

10 Gómez Iniesta, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. Ob. cit., p. 49.

11 Bajo Fernández, Miguel. Los Delitos Contra el Orden Económico Social. Publicado en “Revista de Abogados Penalistas del Valle”. Cali, Colombia, No. 6. I Semestre de 1982, pp. 9-10.

promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 6 de julio de 1991. Por ello, tal como lo afirma con razón el maestro Luis Enrique Romero Soto,

“El Estado va abandonando su papel de mero espectador para asumir un rol de actor y aun de director de los cambios económicos, manifestándose en dos formas principales: ‘la de intervención’, es decir, la de dirigir las diversas políticas (de crédito, de control de precios, etc.) y la de protección, que, como su nombre lo indica, tiene como objeto amparar a la parte más débil de la sociedad: consumidores, contratantes”¹².

Para lograr el objetivo descrito, el Legislador consagró en el título X del Código Penal (Ley 599 de 2000), bajo el nombre genérico de “Delitos contra el orden económico social”, una serie de comportamientos que lesionan o ponen en peligro la intervención del Estado en la economía, ubicando ahora en dicha sede (Capítulo V) los artículos 323 y 325, que sancionan el lavado de activos, destacándose que el interés que se busca proteger es ese orden económico-social, con el que se bautizó el título correspondiente. Esta afirmación encuentra respaldo en las palabras del doctor Luís Carlos Giraldo Marín, en la comisión redactora del Código Penal colombiano de 1979, en la sesión del 31 de marzo, cuando, siguiendo de cerca el pensamiento de Rafael Miranda Gallino, expresó:

“Los llamados, pues, delitos económicos, y más concretamente, contra el ‘orden económico’, tutelan la organización que el Estado intervencionista de hoy establece, para que la sociedad alcance los fines que le son propios. Por eso se marca el acento en la expresión ‘orden’. De manera que, todo lo que tienda a perturbar o romper dicho sistema u ‘orden’, debe sufrir la sanción correspondiente. En la protección de ese orden como es lógico, resalta el interés público, por sobre el individual o particular de los banqueros, comerciantes, industriales, agricultores, ganaderos, etc., los que también resultan tutelados de manera refleja o mediata”¹³.

Enrique Aftalión, en un clásico artículo titulado “Panorama del derecho penal financiero”, no duda en señalar que el orden público económico resulta ser el bien jurídico que se tutela en los comportamientos que lesionan o ponen en peligro el planeamiento económico de un país, entendido este como el derecho económico de un Estado. Diserta así el ilustre maestro:

12 Romero Soto, Luis Enrique. “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”. En Revista Cambio Jurídico. Universidad de los Andes. CIJUS. Bogotá, 1988, p. 42.

13 Giraldo Marín, Luis Carlos. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Editorial Pequeño Foro, Vol II, Bogotá, p. 371.

“No hay duda, pues, que un buen funcionamiento del sistema bancario y financiero es uno de los requisitos ‘sine qua non’ para el exitoso desenvolvimiento de la economía de un país. Admitido el principio de que los gobiernos no pueden menos que intervenir en el curso de los procesos económicos –para promover el desarrollo y tender hacia la opulencia equitativamente compartida–, cabe concluir que una eficaz implementación, no sólo de las regulaciones bancarias sino de todas las instituciones y normas que configuran el planeamiento económico de un país –Derecho Económico– constituyen el bien jurídico –el orden público económico– acreedor a la tutela del derecho”.

Finalmente sobre este aspecto, es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la *enfermedad holandesa*, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica.

f. Punibilidad

En este aspecto ninguna variación se realizó en el nuevo Código Penal, es decir que se mantuvo para el infractor de la norma de lavado de activos una pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y una multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Debe advertirse que la Ley 890 de 2004, aumentó la pena en la tercera parte en cuanto al mínimo y en la mitad en el máximo.

De otra parte, la pena privativa de la libertad se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional o mercancías de contrabando.

Asimismo, es preciso señalar que en el artículo 324 del nuevo Estatuto Punitivo, se consagran como circunstancias específicas de agravación para el punible de lavado de activos, el que la conducta desviada sea desarrollada por quien pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos, caso en el cual la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad. Cuando la conducta sea predicable de jefes, administradores o encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones, la sanción punitiva se incrementará de la mitad a las tres cuartas partes de la señalada en la norma básica de lavado de activos.

g. Concurso de conductas punibles

Como se ha señalado en el presente estudio, una de las razones para crear la Ley 365 de 1997, y tipificar expresamente el lavado de activos, la constituyó la imposibilidad de sancionar al lavador de activos por este punible, en concurso con el delito del que provenían los bienes que se pretendían legalizar, dificultad que surgía claramente de la extensión del delito de receptación. Ahora, con la nueva redacción y, especialmente con la utilización en el artículo 323 del Decreto 599 de 2.000, de la expresión “por esa sola conducta”, el tipo penal de lavado de activos sigue siendo autónomo, como siempre se ha aceptado, y permite claramente el concurso con otras conductas delictuales como la exportación ficticia y la falsedad, entre otros, amén de aquellos delitos de que proviene el objeto que se pretende legalizar y que expresamente se mencionan en el tipo penal de lavado de activos.

Análisis dogmático del artículo 325 del nuevo Código Penal: Omisión de control

Una vez que la propuesta de la Fiscalía General de la Nación surtió su trámite ante el Congreso de la República, al cual hemos hecho referencia en el presente capítulo, el Ejecutivo sancionó la Ley 599 de 2000, tipificando en los siguientes términos la omisión de control, en lo relacionado con el lavado de activos, en el artículo 325:

“Omisión de Control. El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

A. Modificaciones introducidas por la Ley 1375 de 2009

Con la Ley 1357 de 2009, se introducen modificaciones al sujeto activo de la Omisión de Control (Art. 325 C. P.), precisando que en el futuro lo constituirán: *el miembro de junta directiva, los representantes legales, los administradores o el empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito. Asimismo, se aumentó la pena por el punible.*

B. Sujeto Activo

Para la concreción de este tipo delictual se requiere un sujeto activo calificado o cualificado, esto es, que quien ejecuta la conducta debe estar revestido de unas especiales

condiciones profesionales, toda vez que la norma menciona al miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, es decir que se incluye como posible sujeto activo desde los miembros de la Junta Directiva (Directores), como los Gerentes, Oficiales de Cumplimiento, Revisores Fiscales, Auditores, Cajeros y en general todos los servidores, permanentes o transitorios, que laboren en las entidades mencionadas en precedencia.

Como lo hemos ya advertido, en esta disposición nos encontramos frente a un supuesto favorecimiento real, esto es, que con la conducta se procura favorecer a un tercero, sin interesar que el empleado o director del sector financiero o cooperativo, obtenga algún beneficio.

Por ello, resulta acertado lo expresado por el doctor Daniel Fernando Jiménez: “El delito de omisión de control debe ser cometido con dolo, es decir, conociendo el hecho delictivo y deseando su realización y no con mera culpa o por imprevisión o exceso de confianza”¹⁴.

En cuanto al término institución financiera bien vale la pena recordar que se trata de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con lo preceptuado en la Ley 45 de 1990. En el Decreto 1284 de junio 22 de 1994 se precisa cuáles son estas entidades, así:

“Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2°. Del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguros, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que puedan asumirlos riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros y agencias colocadoras de seguros cuando a ello hubiere lugar; oficinas de representación de organismos financieros

14 JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Daniel Fernando. *El Delito de Omisión de Control*. En Revista Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XIX, número 61, enero/abril, 1997, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 51.

y de reaseguros del exterior; El Banco de la República; El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade; Las casas de cambio y Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente”.

En relación con las cooperativas que ejercen actividades de ahorro y crédito, se repite, son las vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria y que realizan operaciones de ahorro y crédito, exclusivamente con sus asociados (artículo 41 de la Ley 454 de 1998). Aquí pueden incluirse las cooperativas multiactivas e integrales que sean autorizadas para tal fin por la Superintendencia de la Economía Solidaria, bajo “circunstancias especiales y cuando las condiciones sociales y económicas lo justifiquen” (Artículo 39, inciso segundo de la Ley 454 de 1998).

c. Sujeto Pasivo

Lo será el Estado, titular del bien jurídico tutelado, en los términos señalados en este trabajo al estudiar el artículo 323 del estatuto en vigencia.

d. La Conducta

Como se ha mencionado a lo largo de este artículo, la conducta que se quiere sancionar en este tipo penal consiste en omitir el cumplimiento de alguno o de todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, siempre y cuando esa omisión tenga por objeto ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero.

De esta forma, se utiliza en el tipo penal analizado el verbo rector omitir, que quiere decir “dejar de hacer una cosa. Pasar en silencio una cosa”. Tal omisión, lo reiteramos, debe buscar un propósito específico, en lo que se ha conocido en la doctrina como ingrediente subjetivo, que en este evento será el ocultar o encubrir el origen ilícito del numerario.

Se trata entonces de un tipo penal de peligro abstracto, en el que basta para su concreción que el sujeto activo, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico para las operaciones en efectivo, desde luego, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero.

De esta manera, amén de la omisión de lo exigido por el artículo 103 y 104 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), es decir, la obligación de consignar en formulario expreso, que debe conservar la entidad, las operaciones que realice la institución para

la que labore (recibo o entrega), y cuya cuantía alcance el valor establecido por la Superintendencia Bancaria, actualmente diez millones de pesos o diez mil dólares (Circulares Externas No. 061 de 1996 y 012 de 1999) y la obligación de reportar trimestralmente a la Superintendencia Bancaria tales operaciones, ahora debe tenerse en cuenta cualquier omisión en el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico, esto es Leyes, Decretos, Resoluciones o reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150-19, literal d., relacionadas con el tema. Como un ejemplo puede citarse que, en el futuro, se incurre en el punible cuando no se reporte en forma inmediata y suficiente a la Fiscalía General de la Nación y a la Unidad de Información y Análisis Para el Control del Lavado de Activos del Ministerio de Hacienda, las operaciones sospechosas de sus clientes, desde luego, siempre que medie el propósito de ocultar el origen ilícito del dinero (Artículo 11, Ley 526 de 1999).

e. Objeto Jurídico

El objeto jurídico de este punible lo constituye el Orden Económico Social, en los términos reseñados al analizar el artículo 323 del nuevo Estatuto Penal.

f. Objeto Material

Lo constituye el dinero con origen ilícito, al cual se pretende dar apariencia de legalidad. Es importante resaltar que en este evento no se precisó que dichos recursos deban provenir de una actividad delictual en particular. Empero, la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 27 de octubre de 2004, precisó que los recursos ilegales deben tener origen en uno de los comportamientos reseñados en el artículo 323 del Código Penal, como delitos subyacentes del lavado de activos, esto es extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

La expresión dinero, utilizada por el legislador en esta norma, podemos definirla, en la forma más elemental como un medio de pago de total liquidez. “El dinero está constituido por efectivo (billetes y monedas) emitido y puesto en circulación por la banca central y por el dinero bancario correspondiente a los depósitos en bancos comerciales que son transferibles por medio de cheque”¹⁵.

¹⁵ Banco de la República. *Introducción al Análisis Económico*. El caso Colombiano. 2ª. Edición. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 113.

g. Punibilidad

La pena que se impone al funcionario del sector financiero o de la cooperativa que ejerza actividades de ahorro y crédito, cuando actualicen la conducta reseñada en el tipo penal de omisión de control, es prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes. (Art. 3°. Ley 1357 de 2009).

Las consecuencias punitivas mencionadas se aplican, con independencia de la sanción administrativa establecida en los artículos 209 a 212 del Decreto 663 de 1993, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), sin que se viole el principio del *Nom bis in idem*. En efecto, el artículo 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero expresa que el incumplimiento de lo dispuesto en las normas que establece el Capítulo XVI de esta normatividad para la "prevención de actividades delictuales", "dará lugar a la imposición de las sanciones correspondientes, sin perjuicio de las consecuencias penales a que hubiere lugar".

Tipificación del delito de lavado de dinero u otros activos en la legislación de Guatemala

Antecedentes

Como es conocido, Guatemala suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, realizada en Viena de 1988. En el artículo 3° de esta normatividad internacional se señala que cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno conductas que son constitutivas del delito de lavado de activos y que en verdad son modalidades de encubrimiento por receptación o favorecimiento.

Fiel a su compromiso, Guatemala dictó el Decreto 48-92 del Congreso de la República en el que se crea el delito de "Transacciones e Inversiones Ilícitas", según el cual:

"El que por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, realizare con otras personas o establecimientos comerciales, bancarios, financieros, o de cualquier otra naturaleza transacciones mercantiles con dinero o productos provenientes de las actividades ilícitas previstas en esta ley, independientemente del lugar del territorio nacional o extranjero donde se haya cometido el delito o donde hayan producido dichos recursos financieros, será sancionado con prisión de seis a veinte años y multa de Q. 50,000.00 a Q. 5.000.000.00".

Más tarde, con el ánimo de actualizar la descripción del tipo penal y ajustándose a los mandatos de la Convención

de Palermo del año 2000, el Congreso de la República de Guatemala aprueba el Decreto Número 67-2001, señalando que con él se atiende a los compromisos adquiridos en los tratados internacionales, "con el fin de sancionar el lavado de dinero u otros activos, de manera que se proteja la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco".

Por medio del Acuerdo Gubernativo número 118-2002, del 17 de abril de 2002, el Presidente de la República expidió el Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos.

Aspectos penales

En el Capítulo II de la Ley 67-2001 se define en el artículo 2°. el delito de lavado de dinero u otros activos, en los siguientes términos:

Artículo 2.

Del delito de lavado de dinero u otros activos. Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por si, o por interpósita persona:

- a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.
- b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.
- c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero de los derechos relativos a tales bienes o dinero sabiendo, que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito".

Estudio dogmático del tipo penal de lavado de dinero u otros activos

De acuerdo con la redacción utilizada por el Legislador Guatemalteco, podemos realizar el siguiente análisis de la conducta de Lavado de Dinero u otros activos consagrado en la Ley 67-2001.

A. Sujeto Activo

Se trata de un tipo penal monosubjetivo, esto es que no requiere la participación de más de un sujeto que realice el

comportamiento típico. Cuando en el punible tomen parte varios actores, tendremos la figura de coparticipación criminal, en los términos del artículo 36 del Código Penal.

Ahora bien, los funcionarios del sector financiero bursátil, asegurador y en general quienes tienen la responsabilidad de reportar operaciones inusuales y sospechosas, que integren el grupo criminal, esto es, que su actuar forme parte del plan criminal, es decir que tengan el dominio del hecho, responderán como autores, mientras que aquellos que colaboren en el delito de lavado de dinero u otros activos, prestando una ayuda posterior al hecho, cumpliendo promesas anteriores o proporcionando informes o suministrando medios adecuados para la realización de este ilícito o los que sirvieran de enlace entre los partícipes para obtener la concurrencia de estos en el delito, deben ser llamados a responder en calidad de cómplices, de acuerdo con los dictados del artículo 37 del Código Penal.

El tipo penal no exige ninguna cualificación del sujeto activo, por lo que señalamos que se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado. Con todo, la pena a imponer al responsable del ilícito se agrava cuando el responsable del mismo desempeña un cargo de elección popular, es un funcionario o empleado público, o un funcionario o empleado de la Intendencia de Verificación Especial y el delito lo realiza con ocasión del ejercicio de su cargo, caso en el cual se incrementará la pena en una tercera parte, y demás penas accesorias. Asimismo, se le impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos o empleo público por el doble del tiempo de la pena privativa de la libertad.

Otro aspecto que debe resaltarse es la responsabilidad que expresamente se señala a la persona jurídica cuando se tratare de actos realizados por sus órganos legales, siempre que dichos actos se encontraran en el giro u objeto normal o aparente de sus negocios. En este caso, además de las sanciones que se aplican a los sujetos responsables del ilícito, se impondrá a la persona jurídica una multa de diez mil dólares (EUA \$10.000.00) a seiscientos veinticinco mil dólares (EUA \$625.000.00) de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional. Además se sancionará a la persona jurídica con el comiso, pérdida o destrucción de los objetivos provenientes de la comisión de delito o de los instrumentos utilizados para su comisión.

B. Sujeto Pasivo

En este evento el sujeto pasivo es el Estado, pues es el titular del bien jurídico "Economía Nacional, El Comercio, La Industria y El Régimen Tributario", tutelado en el título X del Código Penal de Guatemala. Al respecto es importan-

te mencionar que los considerandos del Decreto 67-2001 expresan que con la misma se busca proteger la economía nacional y la estabilidad del sistema financiero guatemalteco. Con seguridad, cuando se produzca una reforma al Código Penal, el lavado de dinero u otros activos se incorporará al título mencionado en precedencia.

C. La Conducta

Se trata de un tipo penal de conducta alternativa, en el que basta con la actualización de uno cualquiera de los verbos rectores para que el delito se perfeccione.

Así, en el inciso a) del artículo 2 de la Ley en estudio, se sanciona al que invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito. Es decir que cuando ejecuta al menos uno de los verbos rectores citados perfecciona el punible.

Para un mejor entendimiento señalamos a continuación el significado de las palabras utilizadas como verbos rectores por el legislador, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española:

Invertir: "[...] hablando de caudales, emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas.

Convertir: "mudar o volver una cosa en otra".

Transferir: "[...] 4. Ceder o renunciar en otro el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre una cosa [...]"

Transacción financiera: Implica una operación que se realiza a través del sistema financiero, tal como la consignación en una cuenta corriente o de ahorros o, el giro utilizando el sistema financiero, o la compra de depósitos a término, por mencionar sólo algunas de las posibles.

Ahora bien, para que la conducta se perfeccione, es necesario que el sujeto activo realice el comportamiento reseñado en uno cualquiera de los verbos rectores "sabiendo", o estando obligado a saber que los bienes sobre los que se realizan las operaciones son producto o proceden o se originan de la comisión de un delito.

Esta fórmula que fue también utilizada por el artículo 301 del Código Penal Español, implica que el sujeto agente "conozca", que los bienes sobre los que realiza las operaciones provienen de un delito. De esta forma, Guatemala se afilia a las legislaciones en las que en materia de delito previo se usa el listado abierto, es decir que no es preciso,

como en el caso colombiano, que los bienes que se pretende legalizar ilícitamente provengan de un determinado punible o como en España, que provengan de un delito grave. Este sistema ha sido criticado pues por esta vía se puede castigar por lavado de activos conductas que no ameritan este tratamiento, como sería el caso de un pequeño hurto cuando los bienes se disimulan con las operaciones que constituyen los verbos rectores del lavado de dinero, modalidad que bien podría ser castigada como un delito de encubrimiento.

Ahora bien, cuando se habla de que el sujeto activo actúe sabiendo o estando obligado a saber sobre la procedencia de los bienes que se pretende lavar, no quiere decir que se haya dictado sentencia condenatoria por un delito determinado, basta con que el sujeto cuente con elementos de juicio para advertir el origen ilegal de los recursos o bienes.

El literal b) de la norma en estudio sanciona por lavado de dinero u otros activos a quien *adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dineros*, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.

Advirtiendo que son válidas para las conductas contenidas en este literal las mismas consideraciones efectuadas para el literal a), nos limitaremos a señalar la interpretación de los verbos rectores utilizados en este evento por el legislador, así:

Adquirir: “Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria, comprar, coger, lograr o conseguir. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”.

Poseer: “Tener uno en su poder una cosa”.

Administrar: “Gobernar, regir, aplicar [...] servir o ejercer algún ministerio o empleo.

Tener: “[...] 2. poseer y gozar”.

Utilizar: “Aprovecharse de una cosa”.

En el literal c) de la Ley en análisis, se consagra como lavado de dinero u otros activos, un verdadero comportamiento de encubrimiento, cuando se señala que incurre en el punible el que “oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de los derechos relativos a tales bienes o dinero sabiendo o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión

esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.

Sobre esta última forma de realización del punible, ha señalado el autor español Diego Gómez Iniesta, refiriéndose a la normatividad vigente en su país que: “Se trata de una cláusula abierta que incorpora la posibilidad de comprender cualquier tipo de operación a través de la cual se produce un aprovechamiento de los bienes de un delito previo”¹⁶.

D. Objeto Material

El objeto material en este evento lo constituyen los bienes o el dinero que son producto, proceden o se originan directa o indirectamente de la comisión de una conducta delictiva.

Por *bienes*, entendemos con la Convención de Viena de 1988 (artículo 1°.) “Los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activo [...]”.

La expresión *dinero* podemos definirla, en la forma más elemental como medio de pago de total liquidez. “*El dinero está constituido por efectivo (billetes y monedas) emitido y puesto en circulación por la banca central y por el dinero bancario correspondiente a los depósitos en bancos comerciales que son transferibles por medio de cheque*”¹⁷.

E. Objeto Jurídico

Si bien el comportamiento reseñado en la norma en estudio lesiona varios bienes jurídicos legalmente tutelados, el legislado guatemalteco en la exposición de motivos dejó claro que lo que se busca resguardar con las normas de lavado de dinero u otros activos es la economía nacional y la estabilidad del sistema financiero, los cuales son tutelados en el Título X del Estatuto de Penas de Guatemala (Decreto 17-73 del Congreso de la República), bautizado como “De los delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario”.

Compartimos en este punto lo señalado por el tratadista peruano Percy García Caveró, cuando expresa que:

“Si bien el lavado de dinero se puede ver como un acto de encubrimiento que se realiza para evitar la detección de los

16 GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. Op. Cit. p. 49.

17 Banco de la República, *Introducción al Análisis Económico. El caso Colombiano*. 2ª. Edición, Bogotá. Siglo del Hombre Editores, 1998. p. 113.

*bienes de origen delictivo, cada vez se ve con mayor claridad la dañinidad social que tienen los procesos de blanqueo de capitales. Las actividades delictivas de las organizaciones criminales generan ganancias bastante elevadas que necesitan ser blanqueadas, siendo evidente que, salvo que un Estado organice conscientemente su economía con el lavado de ganancias ilícitas, la introducción de estos activos en el tráfico de bienes y valores genera serias distorsiones en el sistema financiero y económico*¹⁸.

F. Punibilidad

En la sección II de la Ley, se precisa las penas a imponer a los responsables del delito de lavado de dinero u otros activos. Allí se precisa que el castigo es de prisión incommutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto de delito, el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia, en por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país.

Como ya se mencionó, la pena se agrava en una tercera parte cuando el delito es cometido por funcionario público en los términos del artículo séptimo de la Sección II de la Ley.

Aspectos administrativos

La Ley 67-2001, reserva el Capítulo IV para indicar el manejo administrativo tendiente a prevenir el lavado de dinero u otros activos, estableciendo unas responsabilidades especiales a las personas y entidades que denomina obligados y a quienes, cuando incumplen sus deberes, además de las penas señaladas en la Ley, les imponen consecuencias administrativas por medio de la Superintendencia de Bancos.

En el artículo 18 la Ley precisa las personas obligadas en los siguientes términos:

- 1) Las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos.
- 2) Las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores.
- 3) Las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.

- 4) Las entidades fuera de plaza denominadas *off-shore* que operan en Guatemala, que se definen como entidades dedicadas a la intermediación financiera constituidas o registradas bajo las leyes de otro país y que realizan sus actividades principalmente fuera de la jurisdicción de dicho país.
- 5) Las personas individuales o jurídicas que realicen cualesquiera de las siguientes actividades.
 - a) Operaciones sistemáticas o sustanciales de encaje de cheque.
 - b) Operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o compra de cheques de viajero o giros postales.
 - c) Transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos y/o movilización de capitales.
 - d) Factoraje.
 - e) Arrendamiento financiero.
 - f) Compraventa de divisas.
 - g) Cualquier otra actividad que por la naturaleza de sus operaciones pueda ser utilizado para el lavado de dinero u otros activos, como se establezca en el reglamento.

A estas personas obligadas les corresponde, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 19 de la Ley, adelantar ante todo programas de prevención y control interno que les asegure un alto nivel de integridad del personal y de sus antecedentes. Asimismo, deben impartir permanentemente capacitación a sus funcionarios que les permita detectar las operaciones de lavado de activos.

Asimismo, estas personas obligadas deben designar un oficial de cumplimiento encargado de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, pero especialmente responsable del envío de registros adecuados y la comunicación sobre operaciones inusuales y sospechosas. Estos funcionarios serán el enlace con las autoridades competentes (desarrollado por el artículo 2º literal f. del Acuerdo Gubernativo 118-2002).

El artículo 21 de la Ley, obliga a las entidades a llevar un registro de los formularios para la vinculación de sus clientes y de las operaciones que con ellos se realicen (es lo que comúnmente se ha llamado conocimiento del cliente). Asimismo, conforme a lo ordenado en el artículo 24 de la normatividad en estudio, las personas obligadas deberán llevar un registro diario, en los formularios que para el efecto diseñe la Intendencia de Verificación Especial, de todas las transacciones que realicen, en efectivo, sean estas ocasionales o habituales, en moneda nacional o extranjera y que superen el monto de diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional.

¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico, parte especial*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.p. 455.

Como aspecto fundamental se resalta la obligación que tienen las personas obligadas de verificar las operaciones inusuales y sospechosas y comunicarlas a las Intendencia de Verificación Especial. De la misma norma se deduce que estas operaciones inusuales y sospechosas son aquellas complejas, insólitas, significativas, las no habituales o no significativas pero periódicas que no tengan un fundamento económico o legal evidente (art. 26).

El Acuerdo Gubernativo número 118-2002, desarrolló en los siguientes términos las expresiones mencionadas en precedencia:

“Transacción inusual: es aquella operación cuya cuantía, frecuencia, monto o características no guardan relación con el perfil del cliente”.

“Transacción sospechosa: Es aquella transacción, inusual debidamente examinada y documentada por la persona

obligada, que por no tener un fundamento económico o legal evidente, podría constituir un ilícito penal”.

Por último, en el artículo 31 de la Ley, se señala que las personas obligadas que incumplan con las responsabilidades consagradas en dicha normatividad, serán sancionadas por la autoridad administrativa competente con multa de diez mil dólares (EUA \$10.000.00) a cincuenta mil dólares (EUA \$50.000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a la gravedad del hecho. Desde luego, esta sanción es independiente de la penal que se puede aplicar por la comisión del delito de lavado de dinero u otros activos.

Así, podemos concluir que en Guatemala, al igual que en Colombia, existe un control administrativo y penal del lavado de activos, procedimientos que son independientes y como tal se deben investigar y juzgar en forma separada, sin que se viole por ello el principio del Non bis in idem.

Referencias

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad Transnacional, Comercio de Nárcoticos y Lavado de Dinero*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. Trd. Oscar Julián Guerrero Peralta.

BARRETO ARDILA, Hernando. Medidas de prevención de lavado de activos. En Publicación *Primer Simposio Creditario sobre Prevención de Lavado de Activos*. Santafé de Bogotá. Caja Agraria, 1997.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, Constitución y Leyes, 1998.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Mauricio. *El lavado de activos. El proceso y sus principales métodos*. Bogotá, Inverline Ltda., Temas Gráficos y Editoriales, 2001.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*. Cedecs Barcelona Editorial S.L. 1996.

HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. *Tratamiento procesal de los delitos financieros*. Santafé de Bogotá, Editorial Forum Pacis, 1995.

———. *Los delitos en el estatuto orgánico del sistema financiero*. Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1996.

———. *El Lavado de Activos*. Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Daniel Fernando. “La prevención del lavado de activos ilícitos a través del sistema financiero y asegurador”. En *Revista de la Superintendencia Bancaria*, No. 29. Santafé de Bogotá, 1996.

———. “El delito de omisión de control”. En *Revista Derecho Penal y Criminología, del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Volumen XIX, número 61, enero/abril 1997. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1997.

PUYANA RAMOS, Guillermo. "Omisión de control de lavado de activos un delito con tipicidad defectuosa". En *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXI. Número 67, septiembre/diciembre 1999. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal, Parte General*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 7a. Ed. 1980.

VILERA, Juan; ESTANGA, Iván. *el lavado de dinero en los países andinos*. Gente Nueva Editorial. Santafé de Bogotá D.C, 1994.

ZIEGLER, Jean. *Suiza lava más blanco*. Intermedio Editores, Bogotá, 1990.

ORDENAMIENTO JURÍDICO

Legislación colombiana

Ley 813 de 2003.

Ley 67 del 23 de agosto de 1993.

Código Penal o Decreto 100 de 1980.

Ley 190 de 6 de junio de 1995, o Estatuto Anticorrupción.

Ley 67 de 1993.

Ley 365 del 21 de febrero de 1997.

Ley 599 de 2000.

Ley 747 de 2002.

Ley 1121 de 2006.

Ley 1357 de 2009.

Ley 190 de 1995 y en la Ley 365 de 1997.

Código Penal de 1980.

Ley 454 de 1998.

Ley 747 de 2002 y 1121 de 2006.

Constitución de 1886.

Ley 1357 de 2009.

Ley 45 de 1990.

Ley 454 de 1998.

Decreto 1284 de junio 22 de 1994.

Ley 526 de 1999.

Legislación de Guatemala

Decreto Número 67-2001 de la República de Guatemala.

Decreto 48-92 del Congreso de la República.

Ley 67-2001.

Normas internacionales

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988.