

Hernando A. Hernández Quintero¹

Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente)

Polemic controversies based on money laundering as offence (crimes source)

Recibido: 15 de noviembre de 2016 / Aceptado: 10 de enero de 2017
<https://doi.org/10.17081/just.23.32.2908>

Palabras clave:

Condena previa, encubrimiento y lavado de activos.

Resumen

Con el propósito de atender los compromisos adquiridos en la Convención de Viena, los países incorporaron a sus estatutos penales el delito de lavado de activos, inicialmente como una forma de encubrimiento y luego como un punible autónomo. Esta técnica legislativa ha generado una serie de polémicas, especialmente relacionadas con los delitos fuente, es decir aquellos de los que provienen los bienes a los cuales se busca dar apariencia de legalidad. En este artículo se abordan esos cuestionamientos desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia.

Key words:

Previous conviction, Complicity and Money laundering.

Abstract

The paper also analyzes the penalized conduct of money laundering initially as a form of complicity and covering, and lately as an autonomous offence conduct, in order to respond the acquired commitments of Vienna Convention. Such a legislative technique has been related specifically to what has been called “source crimes”, referring to all conducts directed to provide all the assets acquired as a product of money laundering, with a halo of legality.



Referencia de este artículo (APA): Hernández, H. (2017). Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente). En *Justicia*, 32, 118-138. <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2908>

¹ Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor Titular Universidad de Ibagué y de Posgrado en las Universidades Externado de Colombia, Simón Bolívar de Barranquilla, Libre de Colombia (Bogotá y Cali) y Universidad de Medellín. Director del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. hernando.hernandez@unibague.edu.co; hahernandezq@hotmail.com

Introducción

Tradicionalmente la doctrina ha definido el objeto material del delito como aquello en lo que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente, bien que se trate de una persona, una cosa o un fenómeno (Reyes Echandía, 1981, pp.108 y ss.).

Partiendo de esta definición y dando por sentado que el lavado de activos es el proceso por medio del cual una persona busca dar apariencia de legalidad a los bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades delictuales, se concluye sin dificultad alguna que el objeto material de este punible lo constituyen los bienes a los cuales se pretende librar de la mácula de proceder de una conducta contraria a la ley. A pesar de la aparente claridad que se infiere de los comentarios anteriores, una de las mayores inquietudes sobre el delito de lavado de activos se centra en su objeto material, toda vez que se discute con insistencia sobre cuál es la fórmula adecuada para determinar los delitos que deben ser base de ese comportamiento, esto es, si se enlista un buen número de conductas o si se limita a delitos graves o que tengan una determinada cuantía, e inclusive, si se extiende a todas las actividades delictuales. Asimismo, se ha presentado un álgido debate para determinar si para que pueda hablarse de lavado de activos se requiere que la persona que se investiga haya sido previamente condenada por el delito subyacente o si basta la inferencia lógica del comportamiento y, por último, si la responsabilidad de

probar el delito fuente sigue siendo responsabilidad exclusiva del Estado o si es factible aplicar el criterio de la carga dinámica de la prueba en este delito de carácter transnacional.

La anterior problemática ha surgido por la decisión de muchas legislaciones de tipificar el delito de lavado de activos como una figura autónoma y desconocer que se trata de un claro punible de encubrimiento. Este criterio tiene explicación en el propósito de los países de permitir el concurso de delitos entre el lavado de activos y el delito del que provienen los bienes a lavar, con lo cual se sanciona en forma más severa este odioso comportamiento que tanto daño le genera al orden económico social de los países. De otra parte, se busca liberar a los jueces de contar con la sentencia condenatoria por el delito fuente y, finalmente, se utiliza el criterio de que quien mejor conoce el origen de sus bienes es la persona investigada, con lo cual se le transfiere la responsabilidad de probar su origen lícito.

Estos criterios con los que los Estados buscan combatir una delincuencia de perversos efectos para la economía y la moral social no están exentos de críticas. En la presente contribución pretendemos abordar estos controvertidos aspectos.

Delitos fuente del lavado de activos y criterios para determinarlos

Con el propósito de desestimular la comisión del delito de narcotráfico, utilizando la vía de desposeer al delincuente del fruto del mismo, es decir, enviando el mensaje de que el crimen no paga, en la Convención de las Naciones Unidas

Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas que se aprobó en Viena el 20 de diciembre de 1988, se acordó que los países que suscribieran este instrumento internacional adoptarían las medidas necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno la conversión, transferencia, ocultación, encubrimiento, adquisición, posesión o utilización de bienes provenientes de actividades relacionadas con cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica. Esta obligación se reproduce en el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, celebrada en el 2003, bajo la denominación de *blanqueo del producto del delito* (Prado Saldarriaga, 2007).

Para atender el compromiso comentado, la mayoría de las legislaciones procedieron a ensanchar el contenido de los delitos de recepción que regularmente han tipificado los códigos penales para sancionar a quienes prestan una ayuda a los delincuentes para ocultar o asegurar el fruto de su aviesa conducta. Más tarde, con el fin de superar algunas dificultades de las apresuradas tipificaciones y efectuados los debates pertinentes, se optó, en las diversas legislaciones, por considerar una forma especial de recepción a la que se llamó *lavado de activos, blanqueo de capitales, reciclaje de dinero y legalización de capitales*, que será sancionada con penas severas y se ubicó, con algunas excepciones, como un punible contra el orden económico social.

Atendiendo las recomendaciones de organismos multilaterales como el Grupo de Acción Financiera (GAFI) y la Comisión Interamericana

para el Control del Abuso de Drogas (CICAD-OEA), los países incluyeron otros ilícitos como generadores de los bienes a los que se pretende dar apariencia de legalidad –que en adelante llamaremos delitos fuente, previos, base o subyacentes–, los cuales constituyen el objeto material del delito de lavado de activos.

Procedencia de los bienes objeto de lavado

La redacción que las diversas legislaciones han adoptado para castigar el lavado de activos ha sido variada, en especial la relacionada con los comportamientos de los que deben provenir de los bienes² que se pretenden lavar. Así, algunas exigen que tengan origen en un delito grave o menos grave (Francia³, España⁴, Suiza⁵, Austria⁶, Venezuela⁷). Otras se refieren a toda clase de delitos (Bélgica⁸, Guatemala⁹ y Argentina¹⁰, Ecuador¹¹) y finalmente, algunos han escogido el sistema de listas cerradas; es decir, la enumeración taxativa de conductas punibles que generan estos bienes (Colombia¹², Brasil¹³,

2 Por bienes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1 de la Convención de Viena, debe entenderse: “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o los instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

3 CP francés, Art. 324.1.

4 CP español, Art. 301.

5 CP suizo, Art. 305.

6 CP austriaco, Art. 165.

7 Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada de Venezuela, Art. 4°.

8 CP belga, Art. 505

9 Decreto 67/2001, Guatemala, Art. 2°.

10 CP argentino, Art. 278.1-a.

11 CP ecuatoriano, Art. 317.

12 CP Art. 323.

13 L. 9613/1999, Brasil, Art. 1°.

El Salvador¹⁴, Uruguay¹⁵, Perú¹⁶, Panamá¹⁷ y Cuba¹⁸. Siguen este sistema también Estados Unidos, Alemania, Canadá, Italia y las legislaciones danesa y griega).

Desde luego, todos los sistemas mencionados han recibido, en su momento, fundadas críticas. Por ejemplo, las listas cerradas imponen una permanente revisión de los tipos penales que generan los recursos objeto del lavado, lo que sugiere la reforma permanente de las normas y que, en ocasiones, la inclusión de nuevos delitos obedezca a la presión de la comunidad, antes que a verdaderos estudios criminológicos. Así puede verse en Colombia, en donde la norma que consagró el delito de lavado de activos (L. 190/1995), ha recibido en muy corto tiempo seis reformas (L. 365/1997, L. 599/2000, L. 747/2002, L. 1121/2006, L. 1453/2011 y L. 1762/2015).

La lista de los punibles en el sistema comentado, es normalmente prolija y en muchas ocasiones carente de una verdadera selección. Tal es el caso colombiano al cual nos referiremos un poco más adelante. Asimismo, puede advertirse que algunos comportamientos delictuales, que podían ser incluidos como generadores de recursos susceptibles de lavado de activos, se excluyen sin ninguna razón. Desde luego, los mismos son tratados por vía de la receptación.

Por su parte, el sistema que permite el juzgamiento por lavado de activos, cuando los bienes que se pretende reciclar provienen de cualquier delito, no ha tenido un buen recibo por contrariar la finalidad de la política criminal de atacar el aprovechamiento del fruto de delitos de gran impacto social como el narcotráfico, alcanzando entonces a punibles de poca relevancia, los cuales bien pueden ser sancionados por el tradicional tipo penal de encubrimiento.

Sobre el tema, ha expuesto el profesor español José Manuel Gómez-Benítez (2006): “La primera perversión de esta idea político-criminal consiste en la ampliación de los delitos base de los de lavado de capitales a cualquier delito, ni siquiera grave e incluido el fraude fiscal” (p.66).

Y más adelante agrega el reconocido profesor:

La voracidad fiscal de los estados desarrollados, especialmente de los europeos, ha impuesto un deslizamiento paulatino y perverso del delito de blanqueo desde su sentido originario estricto, es decir, desde la pretensión de perseguir penalmente la legitimación de bienes procedentes de determinadas actividades delictivas —el narcotráfico, la corrupción y el crimen organizado, sobre todo— hasta la de servir como instrumento de control y recaudación fiscal. Al amparo de la paulatina ampliación de los delitos base —los que originan los bienes objeto de las conductas de blanqueo— en la legislación internacional, se ha llegado al punto de admitir que basta para cometer el delito de blanqueo de capitales con que los bienes procedan de cualquier

14 L. 498/1998, El Salvador, Art. 6°.

15 La norma de la legislación del Uruguay (L.17060/1998 Art.30) exige que los dineros que se pretende lavar provengan “de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 Bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del Código Penal”, o del delito establecido en el artículo 29 de la Ley 17060 de 1998.

16 L. 27765/2002, Perú, Art. 6°.

17 CP panameño, Art. 389.

18 CP cubano, Art. 346.1 (adicionado L. 87/99).

delito –que no tiene que ser siquiera grave–, tal como lo prevé el vigente artículo 301 del Código penal español, y, además, que no es necesario que los bienes procedan de una actividad delictiva previa que se comporte como la causa o fuente de su obtención, sino que basta que estos no hayan sido objeto de la tributación correspondiente para poder ya someterlos al régimen penal del blanqueo de capitales.

Esta forma de entender el delito de blanqueo de capitales es político criminalmente incoherente y técnicamente inconsistente, pues, veremos, no solo ignora la razón política criminal de ser de estos delitos y convierte en delincuentes blanqueadores a una gran parte de la población, confirmando, así, por cierto, la ineficacia preventiva de estos tipos penales, sino que, además, se basa en una interpretación contra *legem* de la exigencia típica de que los bienes objeto de blanqueo tengan un origen delictivo. (Gómez-Benítez, 2006, p.72)

Con todo, otros autores (Ruiz, 2015) son de la idea de utilizar la descripción abierta, en el entendido que con la utilización de esta opción se evitan posibles vacíos de punibilidad y se releva al legislador de modificar constantemente la regulación para mantenerla actualizada (p.143).

En nuestro criterio, podría pensarse que la fórmula más afortunada es la de mantener el criterio de las listas cerradas, o “sistema restringido” (Callegari, 2003, p.223), pero incluyendo solo conductas generadoras de grandes recursos y con evidente impacto social como el narcotrá-

fico, la corrupción y el enriquecimiento ilícito, entre otras; es decir, aquellas que atentan contra “las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”, como lo advierte la Convención de Viena de 1988.

Tipificación del delito de lavado de activos en Colombia y su evolución legislativa

Colombia, con el objeto de cumplir el compromiso adquirido en 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 nuestro país como normatividad interna por medio de la Ley 67 de 1993, tipificó el delito de lavado de activos inicialmente en el Estatuto Anticorrupción (L. 190/1995), ampliando el delito de receptación que se encontraba regulado en el artículo 177 del Código Penal vigente en esa época (D. 100/1980). En esta oportunidad no se estableció en forma concreta ningún delito fuente o previo como generador de los bienes a los cuales se pretende dar apariencia de legalidad. Empero, consagró como agravante de la receptación el que dichos bienes fueran producto de los delitos de secuestro, extorsión, actividades relacionadas con el narcotráfico, operaciones de cambio o de comercio exterior, o cuando se introduzcan mercancías al territorio aduanero nacional.

La inclusión del delito de lavado de activos como una forma de receptación generó algunas dificultades, tales como la imposibilidad de aplicar el concurso de delitos entre el lavado de activos y el punible del cual provenían los recursos

maculados y su ubicación como un ilícito contra la eficaz y recta impartición de justicia, mas no como un delito contra el orden económico social que resulta ser el bien jurídico protegido en estos comportamientos. Además, se advertía que la punibilidad dispuesta para sancionar ejemplarmente la perversa conducta resultaba exagerada cuando se trataba de sancionar al típico receptor¹⁹.

Estas observaciones condujeron al legislador colombiano a expedir la Ley 365 de 1997, en la que se consagra el lavado de activos como un tipo penal autónomo (CP/1980, Art. 247-A) y se establece en forma concreta que los bienes objeto de este comportamiento deben tener 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*. De otra parte, con el objeto de sancionar penalmente a los empleados del sector financiero que, dolosamente, omitan el cumplimiento de sus obligaciones de reporte de operaciones sospechosas o de aquellas que superen una determinada cuantía, se creó el tipo penal conocido como “omisión de control” (CP/1980, Art. 247-B).

El 25 de julio del año 2001, inició su vigencia un nuevo Código Penal en Colombia, contenido en la Ley 599 del 24 de julio del año 2000. En este Estatuto, el legislador ubicó en el título X (Delitos contra el orden económico social),

el capítulo V, al que denominó “Del lavado de activos”. Así, en el artículo 323 encontramos la figura del lavado de activos como tipo básico; en el 324 las circunstancias específicas de agravación, y en el 325 la omisión de control.

En la descripción del delito de lavado de activos se aumentó considerablemente la lista de los delitos fuente, ubicándose dentro de ellos los siguientes: *extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas*.

La disposición comentada ha sido modificada en repetidas ocasiones para incluir nuevos delitos previos. Así, por medio de la Ley 747 de julio 19 de 2002, se incluye como delito base *el tráfico de migrantes y la trata de personas*. A su turno, en la Ley 1121 de 2006 se establece como delito fuente del lavado de activos *la financiación del terrorismo y la administración de los recursos relacionados con actividades terroristas*. Más tarde, la Ley 1453 del 24 de junio de 2011 señaló como delito fuente del lavado de activos *el tráfico de menores de edad*. Finalmente, la Ley 1762 del 6 de julio de 2015, consagra como delito fuente del lavado de activos los delitos de: *contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, en cualquiera de sus formas*.

De esta manera, el tipo penal de lavado de activos en Colombia es del siguiente tenor:

¹⁹ Una exposición más amplia sobre el tema puede encontrarse en la obra *Los delitos económicos en la actividad financiera* (Hernández Quintero, 2015, pp. 650-655).

El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, 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, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, *contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas*, 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 ilícito²⁰ incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) 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.

20 La expresión resaltada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-191 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

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 (CP Art. 323).

De la transcripción del artículo 323 del Código Penal y de los comentarios efectuados con antelación, se deduce con claridad meridiana que, en la actualidad en el Código Penal colombiano, los delitos fuente, subyacentes, base o previos, del punible de lavado de activos son:

Actividades de tráfico de migrantes (Art. 188); trata de personas (Art. 188 A); extorsión (Art. 244); enriquecimiento ilícito (Art. 327); secuestro extorsivo (Art. 169); rebelión (Art. 467); tráfico de armas (Arts. 365, 366 y 367); tráfico de menores de edad (Art. 188-C); financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas (Art. 345 y L. 742/2002); tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas (Art. 376); delitos contra el sistema financiero (Arts. 314, 315, 316 y 317); delitos contra la administración pública (Arts. 397 a 434); contrabando (Art. 319); contrabando de hidrocarburos y sus derivados (Art. 319.1); fraude aduanero (Art. 321) o favorecimiento y facilitación del contrabando (Art. 320), favorecimiento de contrabando o de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de

sus formas (Art. 320.1) o vinculados con el producto de los delitos ejecutados bajo concierto para delinquir (Art. 340).

A la extensa lista de delitos mencionados en precedencia, deben agregarse los bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada (CP Art. 323, Inciso 2). En este evento, como bien lo advierte el profesor Darío Bazzani Montoya (2003): “El legislador consagra una nueva conducta: comete delito de lavado quien, no obstante no conocer el origen ilícito de los bienes, conoce el pronunciamiento judicial que así lo declaró en un proceso de extinción de dominio” (p.46).

Este inciso ha sido criticado por María Cristina Chirolla Losada (2003), por considerar que “desde el punto de vista práctico no representa mayores avances, comoquiera que si se declara la extinción de dominio sobre un bien de origen o destinación ilícita, cualquier negocio jurídico que se efectúe sobre estos bienes tiene objeto ilícito y estos pasan de inmediato al Estado en virtud de la declaratoria judicial de extinción” (p.383).

El sistema expansivo seguido por nuestro país, presenta la dificultad de ir incluyendo tipos penales como base del delito de lavado de activos al capricho del legislador y sin atender a una verdadera política criminal, al paso que obliga a realizar permanentes actualizaciones de los estatutos penales para incluir las conductas punibles que se estima deben constituir delito previo del reciclaje de bienes.

Con todo, el mayor problema que se advierte en los países que, como Colombia, siguen este

modelo es el de establecer si para actualizar el delito de lavado de activos es necesario contar con una condena previa por el delito de procedencia de los bienes o recursos a los que se les pretende dar la apariencia de legalidad o si basta un aspecto meramente objetivo.

El tema ha recibido tratamiento doctrinal y jurisprudencial, en los cuales se ha utilizado un criterio de conveniencia para facilitar la condena por el delito de lavado de activos, afirmándose la no obligatoriedad de contar con decisión previa por el delito base, como lo evidenciaremos al estudiar el punto relacionado con la procedencia de los bienes objeto del lavado.

Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la necesidad de sentencia condenatoria por un delito previo para configurar el delito de lavado de activos

Partiendo del criterio de que la mayoría de las legislaciones crearon el delito de lavado de activos como esencialmente doloso, la doctrina ha sido unánime en precisar que se requiere conocer el origen ilícito de los bienes que se pretenden lavar, o por lo menos, tener noción de que provienen de una actividad delictual.

Sin embargo, como lo advierte Bajo Fernández (2009), la doctrina española no se pone de acuerdo a la hora de determinar si es necesaria la existencia de una sentencia condenatoria por el delito previo para poder castigar al autor del blanqueo o si basta con la constatación del hecho típicamente antijurídico (p.17). Con todo se ha concluido por la doctrina mayoritaria, después de algunos debates, que no es necesario

que exista sentencia condenatoria por el delito del que proceden los bienes que se pretenden lavar²¹.

A continuación efectuamos un breve recorrido por las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema en estudio.

Aspectos doctrinales

Blanco Cordero (1997) parte de la idea que la legislación penal española adoptó expresamente el criterio de accesoriedad limitada en el artículo 300, aplicable a las conductas de receptación y afines, en la que se encuentra el lavado de capitales, y según el cual existe un delito previo aunque los intervinientes en el fueran declarados irresponsables o personalmente exentos de pena. Bajo esta óptica, para que pueda aceptarse un comportamiento como previo al de lavado de capitales, basta que sea típico y antijurídico, con independencia de que el autor sea culpable o punible.

Con estas premisas concluye que: “Sin embargo, entendemos el término delito en el Código Penal en ‘sentido incompleto y abstracto’. Por eso, parece ser suficiente con que se pruebe la existencia de un hecho previo, en sentido abstracto, sin necesidad de que exista un autor individualizado” (p.253).

En forma clara el doctor Eduardo Montea-legre Lynett (2003), Ex Fiscal General de Co-

lombia y reconocido tratadista expresa sobre el tema:

¿Debe existir una sentencia previa que declare la responsabilidad penal del autor o participe del hecho encubierto? La respuesta en este punto es negativa. No es necesario este acto jurisdiccional porque, de exigirse, sería difícil tipificar el delito de lavado de activos. En efecto: se sancionan estas conductas para evitar, entre otros, que se entorpezca la “eficaz y recta administración de justicia”, para evitar obstáculos que impidan descubrir la verdad. Ahora bien, si ya se ha producido la sentencia en contra del autor, sería difícil sostener que se ha entorpecido la actividad jurisdiccional (p.19).

Este criterio es compartido por otro ilustre doctrinante colombiano en materias financieras, el doctor Guillermo Puyana Ramos (1995), quien al estudiar el tema afirma:

La exigencia de sentencia judicial violenta al principio de libertad probatoria, conforme al cual cualquier circunstancia del delito puede ser probada, con cualquier medio de prueba. Así, se puede llegar a la conclusión razonable de que alguien conocía la ilicitud de unos fondos o bienes a partir de cualquier prueba y particularmente a partir de indicios. (p.11)

En esta misma vía, Felipe Renart García (1998), afirma:

Si entendemos que el conocimiento ha de recaer sobre el “delito previo” constituyendo este último un elemento normativo del tipo, habrá que concluir que no se requiere del sujeto activo un conocimiento pormenorizado del ilícito penal del que proceden los

21 En la legislación peruana el Código Penal superó la discusión sobre el tema al consagrar en el artículo 6° de la Ley 27765 de 2002, hoy artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 de 2012: “En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”.

valores patrimoniales sino que es suficiente con una valoración paralela en la esfera del “profano”, siendo pues innecesario que el autor sepa exactamente de qué delito principal se trata, ni que esa infracción sea calificada como delito grave. Basta con que haya previsto y aceptado las circunstancias que configuran los elementos constitutivos de la infracción y que esta sea susceptible de conllevar una sanción importante. (p.11)

El profesor Callegari (2003) sostiene que en la Ley brasileña (L. 9613/2008) se exige que los bienes que se pretende lavar provengan de un crimen. Siguiendo entonces el principio de la accesoriedad limitada, considera que para acreditar el punible del lavado de activos “solo es necesario que los bienes sobre los que recae cualquiera de las conductas constitutivas de blanqueo tengan su origen en una acción típica y antijurídica” (p.228).

Asimismo, siguiendo la interpretación de la doctrina española, concluye que para perfeccionar el delito de lavado de activos “...es necesario solamente que el hecho previo constituya uno de los delitos enumerados en la Ley de Blanqueo, con independencia del grado de desarrollo que haya alcanzado” (Callegari, 2003, p.229)²².

Después de analizar cuidadosamente las diversas posiciones de la Corte Constitucional de Colombia sobre el tema, el profesor Francisco Bernate Ochoa (2006) concluye: “Así las cosas, de conformidad con este último criterio jurisprudencial en Colombia, hoy en día no es necesario que exista condena por el delito previo para que proceda la acusación por enriquecimiento ilícito, situación que consideramos aplicable al lavado de activos” (p.131).

Aspectos jurisprudenciales

La Corte Constitucional colombiana ha tenido dos criterios encontrados sobre el tema en estudio. En efecto, en la Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, consideró que el proceso por el delito subyacente debía haber culminado con sentencia condenatoria para que pudiera servir como base de un delito de enriquecimiento ilícito. Al efecto expresó el Tribunal Constitucional:

Aspectos jurisprudenciales

La expresión de una u otra forma, debe entenderse como incremento no justificado derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten estas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales. (Sentencia C-127 de 1993)

Si bien el caso estudiado se refería al enriquecimiento ilícito, los argumentos son perfectamente aplicables al lavado de activos, toda vez que el tipo penal que los sanciona tiene igual estructura.

22 En el mismo sentido se pronuncia Diego Gómez Iniesta (1996, p.57).

Más tarde, la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 12 de junio de 1996, con ponencia del doctor Ricardo Calvete Rangel, se pronunció en sentido abiertamente contrario a la decisión del Tribunal Constitucional. Expresó en esta oportunidad el máximo exponente de la jurisdicción ordinaria:

El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial deber ser “derivado de actividades delictivas”, entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la “actividad” y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado. (Corte Suprema de Justicia, Expediente, 12 de junio de 1996)

Y agregó:

Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivado de la actividad del narcotráfico de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad, etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado lo habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy sencilla, pero lo

que dijo fue una cosa totalmente diferente... (Corte Suprema de Justicia, Expediente, 12 de junio de 1996)

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de volver sobre el tema en la Sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, cuando, con la ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, reconsideró la posición del Tribunal Constitucional en su Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993. En esta oportunidad salvaron el voto los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Carlos Gaviiria Díaz y Jorge Arango Mejía.

Afirmó la Corte Constitucional:

El ingrediente normativo derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas, en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito. No fue eso lo pretendido por el Legislador; si ello hubiera sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el Legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la Ley el sujeto activo del delito. (Sentencia C-319 de 1996)

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sido unánime en el criterio de que no es necesario contar con un pronunciamiento judicial previo sobre el delito que generan los recursos que se pretenden legalizar o lavar. Este planteamiento lo funda la Corte en la autonomía del delito de lavado

de activos, criterio que ha sido sostenido por la Corte Constitucional desde la Sentencia C-326 de 2000²³, amén de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 21044 de 19 de enero de 2005, 25248 de 5 de octubre de 2006 y 23174 de 28 de noviembre de 2007, entre otras. Al respecto, efectuamos a continuación el análisis de algunas decisiones de esa alta corporación judicial.

En Sentencia 22179 del 9 de marzo de 2006²⁴, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Alfredo Gómez Quintero, expresó:

Tratándose de particulares a quienes se acusa de enriquecimiento ilícito –como delito subyacente al del lavado de activos, tal y como sucede en este caso– es propósito de su represión penal la sanción que se deriva de la obtención de bienes o intereses de contenido económico, pero en forma “ilícita” o “delictiva”, configurando este elemento no el imperativo judicial de que exista previa decisión declarativa de la ilegalidad de la actividad, pero sí que converjan elementos de prueba con la idoneidad suficiente para que más allá de una presunción –inviabile en su demostración–, permitan establecer el nexo objetivo suficiente para afirmar que emanan de actividades al margen de la ley.

23 “El lavado de activos y su repercusión no sólo en el ámbito nacional sino internacional, ha llevado a los distintos Estados y organizaciones internacionales a elaborar una serie de instrumentos tendientes a prevenir, controlar y reprimir esta conducta delictiva, de alcance transnacional, que durante algunos años estuvo asociada a delitos como el de tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y tóxicas, y que en el año de 1988, con la Declaración de Principios de Basilea y la Convención de Viena, pasó a convertirse en un delito de carácter autónomo” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-326 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

24 Se juzgó en esta oportunidad a tres ciudadanos italianos, capturados en el aeropuerto El Dorado de Bogotá, el 10 de febrero de 2002, al arribar en un vuelo de Iberia procedente de Madrid-España, con dólares guardados en un abrigo de piel y en chalecos multibolsillos.

La Sentencia de Casación del 24 de enero de 2007, dictada en el proceso 25219, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas se relaciona con el juzgamiento a un ciudadano capturado en el aeropuerto El Dorado, cuando ingresaba al país procedente de Chile, portando en la pretina y los bolsillos del pantalón la suma de US \$90.840, envueltos en papel de regalo. En su declaración de entrada al país, aseguro ante la DIAN, que no portaba consigo más de US \$10.000.

En sus primeras versiones, el capturado informó que el dinero era producto del ejercicio de actividad comercial relacionada con transacciones internacionales de dinero. Luego, en la audiencia de juzgamiento, señaló que el dinero lo transportaba para otro ciudadano, quien pretendía eludir el pago de los impuestos.

En esta oportunidad afirmó la Corte Suprema:

Para los jueces de instancia el carácter delictivo del origen de las divisas se acreditó con el intento del procesado (...) de ingresar al país US \$90.840 camuflados dentro de sus prendas de vestir, de la mentira consignada en el formulario de declaración del equipaje y dinero, de su nerviosismo a la hora de pasar por los filtros aduaneros, de su propio dicho al expresar en la audiencia pública su trasegar y experiencia en esta clase de actividades y de la falta de verdad para explicar su conducta delictiva.

Ahora bien, para acreditar la capacidad del inculpado para conocer la ilicitud del origen de los dineros que transportaba, la Corte Suprema precisó:

La propiedad del dinero en el tercero sirvió a los juzgadores de instancia para desestimar la imputación por enriquecimiento ilícito que la resolución de acusación formuló contra XX, pero fueron enfáticos en señalar que aun cuando las divisas no fueran del procesado y este fungiera solo como un “correo humano”, lo cierto es que estaba en capacidad de representarse el origen punible de los dólares y así aceptó ser parte de la empresa criminal dedicada al lavado de activos al cumplir uno de los roles característicos de esta clase de delincuencia.

Y concluye:

La demostración del origen del dinero en un particular delito no está sujeta a un especial elemento de prueba, tampoco a un pronunciamiento judicial sobre el punible que la origina, de manera que ninguna relevancia otorgaron los jueces de instancia para efectos de tipificar el lavado de activos el hecho de que el acusado hubiera sido absuelto por la conducta punible de enriquecimiento ilícito.

Por la misma vía se resolvió la Casación del 28 de febrero de 2007, con ponencia del doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en el proceso 23881. En esta oportunidad se juzgaba a unos ciudadanos que arribaron al aeropuerto El Edén, de la ciudad de Armenia, provenientes de Medellín, en una avioneta particular, a quienes se les encontró en sus medias y en la cabina del avión, la suma de US \$179.500, suma que aseguraban estaba destinada a la cancelación de un rescate.

La Corte Suprema expresó en esta oportunidad que:

Para hablar de lavado de capitales es menester demostrar el delito origen, dígase secuestro extorsivo, trata de personas, enriquecimiento ilícito, o cualquiera otro de los involucrados en la descripción típica acabada de describir. También es obvio que la conducta punible antecedente debe ser demostrada por medio de una decisión judicial en firme, o dentro del mismo proceso que se sigue por blanqueo, toda vez que se trata de un ingrediente normativo del tipo mencionado.

Y concluye el proveído:

Como en el asunto analizado los funcionarios judiciales infringieron ese hecho punible del propio material probatorio que conforma el expediente por el lavado de activos, no cabe ninguna observación al respecto, así no se hubiera establecido el autor o autores del mismo.

Finalmente, acoge integralmente lo que la Corte señaló en la providencia del 24 de enero de 2007, en el sentido de que “la demostración del origen del dinero en un particular delito no está sujeta a un especial elemento de prueba, tampoco a un pronunciamiento judicial sobre el punible que lo origina...”.

La Sentencia 23174 del 28 de noviembre de 2007, con ponencia del doctor Alfredo Gómez Quintero, es, sin lugar a dudas, la decisión en la que se insiste con mayor fuerza en la autonomía del delito de lavado de activos y en la no exigibilidad de sentencia previa por un delito subyacente²⁵.

25 El proceso se origina en el informe presentado por la Unidad de Información y Análisis Financiero del 9 de agosto de 2001, en el cual se da cuenta de la utilización de cuentas bancarias

Expresó entonces la Alta Corporación:
Suponer que, para poder sentenciar por lavado de activos tiene que demostrarse en el proceso con ‘una decisión judicial en firme’ el delito matriz (las actividades de tráfico de migrantes, etc.), es tanto como garantizar la impunidad en los eventos en que el procesado logra simular la conducta subyacente y sin embargo (...) adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforma, custodia o administra determinados activos de los que es deducible que provienen de actividades al margen de la ley.

No es dable asociar la demostración “con certeza” de la actividad ilícita antecedente, o la “prueba” de la conducta subyacente o el requerimiento de una declaración judicial “en firme” que declare la existencia del delito base para fundamentar el elemento normativo del tipo en la conducta de lavado de activos. La Sala reitera la tesis de que lavar activos es una conducta punible *autónoma* y no subordinada.

Y concluye:

El lavado de activos, tal como el género de conductas a las que se refiere el artículo 323, es comportamiento autónomo y su imputación no depende de la demostración, mediante declaración judicial en firme, sino de la mera inferencia judicial al interior del proceso, bien en sede de imputación, en sede de acusación o en sede de juzgamiento que fundamente la existencia de la(s) conducta(s)

punibles(s) tenidas como referente en el tipo de lavado de activos.

En la Sentencia 23754, del 9 de abril de 2008²⁶, con ponencia del doctor Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte reiteró su posición en cuanto a la no exigencia de una decisión judicial previa por un delito subyacente para acreditar el delito de lavado de activos. Expresó en esta oportunidad el alto Tribunal de Justicia:

Como lo recuerda el delegado, la jurisprudencia de esta Corte tiene sentado que aunque en el delito de lavado de activos es necesario demostrar en el proceso que los bienes objeto del mismo provienen de alguna de las actividades ilícitas a que se refiere el transcrito artículo 323, para su acreditación no es necesario, sin embargo, la existencia de una sentencia previa en ese sentido, sino que en el proceso debe estar patente esa situación, bien sea que la conducta se le cargue a quien se investiga o a un tercero, sin que esa particularidad demande una prueba específica.

Y concluye:

Bajo esa lógica, en el presente caso, para tipificar el delito de lavado de activos, bastaba entonces la demostración de que el sujeto activo de la conducta ocultó o encubrió “la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes” sin necesidad de acreditar con una decisión ju-

de unos clientes de un banco para operaciones que fueron consideradas como sospechosas.

26 Los hechos refieren que el 5 de septiembre de 2002, en el Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá, se retuvo a una ciudadana cuando arribaba de Madrid con US \$ 107.200, en efectivo, camuflados en cajas de rollos de película para cámaras fotográficas, dinero que no fue declarado ante la Dirección de Aduanas Nacionales.

dicial en firme el delito de donde provenían los recursos ilícitos, pues la actividad ilegal subyacente solo requiere de una inferencia lógica que la fundamente, tal como se expuso en el aludido precedente del 28 de noviembre de 2007.

En la Sentencia 25360 del 30 de abril de 2008²⁷, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, afirmó la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en estudio:

Al margen de ello, sobre el acierto metódico que es predicable del servidor judicial en la concreción y determinación suasoria del origen ilícito de los bienes objeto material del delito de lavado de activos, ya la Corte ha tenido oportunidad de clarificar que la imputación de una conducta de enriquecimiento ilícito como subyacente a aquel resulta perfectamente legítima sin que se exija una decisión judicial en firme que declare la existencia del delito referente, pues para ello la configuración delictiva de este reato es suficiente con que se encubra el verdadero origen de los bienes y que a través de una estratagema semejante basada en pruebas aportadas al proceso, esté el juez en posibilidad de inferir que su fuente, en condiciones similares es ilícita.

En la Sentencia 28300 de 5 de agosto de 2009²⁸, con ponencia del magistrado Sigifredo

Espinosa Pérez, como es ya corriente en estas decisiones sobre lavado de activos, la Sala Penal de la Corte Suprema reitera la línea jurisprudencial sobre la autonomía del punible de lavado de activos, para lo cual transcribe varios de los pronunciamientos en tal sentido y concluye:

En suma, si bien la descripción comportamental legal del delito de lavado de activos no consagra expresamente su carácter autónomo, este ha sido deducido por la jurisprudencia de la Sala, en la medida en que permite la penalización de sus autores o partícipes, sin tener que probar que exista una condena previa por el ilícito determinante o subyacente.

Debe demostrarse sí que el dinero o los valores que han sido objeto de blanqueo, tienen su origen ilícito en cualquiera de esos comportamientos determinantes o subyacentes, ampliamente enunciados con antelación, lo cual puede acreditarse, como bien lo indicó el delegado de Procuraduría en seguimiento de lo considerado por la Sala, a partir de la mera inferencia judicial al interior del proceso.

La línea jurisprudencial comentada se mantiene en las siguientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia: 28892 de junio de 2010, M. P. María del Rosario González de Lemus; 36089 del 6 de marzo de 2012, M. P. José Luis Barceló

27 Los hechos relatan que una ciudadana fue detenida en el Aeropuerto Internacional El Dorado el 14 de octubre de 2003, procedente de Madrid (España), con la suma de US \$ 48.900 adheridos a su cuerpo.

28 Los hechos comentan que funcionarios de una entidad bancaria contactaron a varios clientes de reconocida solvencia económica para ofrecerles la intermediación con otros clientes en

la compraventa de dólares por fuera del mercado cambiario, al igual que para ahorrar en el exterior, con la apertura de cuentas, así, se abrieron cuentas en Nueva York, a donde fueron consignadas y transferidas desde diferentes bancos en los Estados Unidos grandes sumas de dinero. Más tarde, la Corte del Distrito Este de Nueva York intervino las cuentas, ordenando la congelación de los recursos, por considerar que en dichas cuentas se habían consignado también dineros provenientes de actividades de tráfico de estupefacientes

Camacho; 27026 del 9 de mayo de 2012, M. P. José Leonidas Bustos Martínez; 39923 del 12 de diciembre de 2012, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 34377 del 17 de julio de 2013, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero; 39220 del 4 de diciembre de 2013, M. P. Eyder Patiño Cabrera; 42516 del 2 abril de 2014, M. P. Eyder Patiño Cabrera; 43388 del 26 de mayo de 2014, M. P. María del Rosario González Muñoz; 42027 del 10 de diciembre de 2014, M. P. Eyder Patiño Cabrera; 42527 del 12 de mayo de 2015, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero; 40889 del 17 de junio de 2015, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

El concurso real de delitos entre el lavado de activos y el delito fuente

Una de las consecuencias evidentes de allanarse la autonomía del delito de lavado de activos la constituye la posibilidad de aceptar el concurso real de delitos entre el lavado de activos y los punibles del cual proviene el bien al que se pretende dar apariencia de legalidad, por ejemplo, el enriquecimiento ilícito o el tráfico de drogas.

En la legislación española, como lo enseña Juana del Carpio Delgado (1997), algunos autores como González Rus han sostenido que en la situación comentada estamos frente a un aparente concurso de delitos y para ello plantea el criterio del hecho posterior copenado (pp. 234 y ss). Otros autores arriban a la misma conclusión pero a partir del privilegio al autoencubrimiento, pues el mismo, por principios elementales del derecho penal, es siempre impune (Trovato, 2009, p.70). Sin embargo, se critica a la primera

postura, que no resulta afortunada toda vez que el primer elemento para aceptar que un hecho posterior debe ser impune o copenado es que las dos conductas lesionen un mismo bien jurídico tutelado (Del Carpio, 1997, p.236). En la segunda postura, la censura se endereza a señalar que el privilegio del autoencubrimiento (principio de consunción) no es tan claro cuando el autor o partícipe del delito base ejecuta conductas que constituyen un nuevo delito regulado en forma autónoma, como es el caso del lavado de activos. Por ello, se concluye que, por razones de política criminal, no se debe favorecer al delincuente castigándolo solo por el delito previo, permitiéndole indebidamente que se aproveche de las ganancias que le produce el blanqueo de los bienes originados en el delito inicial (p.241).

Algunas legislaciones como la alemana (StGB § 261), la austriaca (StGB § 165), la italiana (CP Arts. 648 bis y 648 ter), la sueca (CP Art. 6, párr. 2, cap. 9) excluyen del posible lavado de activos a los responsables del delito previo (Blanco Cordero, 1997, p.460). Comparte este criterio el Código Penal de Argentina (Art. 278.1 a).

En el caso colombiano es prudente recordar que una de las consideraciones del proyecto que se convirtió en la Ley 365 de 1997, para crear el tipo penal autónomo del lavado de activos, fue precisamente la dificultad de sancionar por los dos ilícitos al responsable del delito base y del lavado de activos, pues la receptación tanto en el Código Penal de 1980 (Art. 177) como en el del año 2000 (Art. 447) ha prescrito que “el que sin haber tomado parte en la ejecución de la conduc-

ta punible adquiriera...”. De esta forma, no existe en nuestra legislación ninguna duda de que el sujeto activo del delito subyacente lo será también del punible de lavado de activos siempre y cuando realice actos para dar apariencia de legalidad a los bienes obtenidos en dichas actividades ilícitas. Asimismo, cuando el sujeto realice actos que en forma exclusiva tengan por objeto ocultar los bienes para evitar que las autoridades descubran su autoría sobre un delito, pero sin realizar otros actos que busquen disimular su origen ilícito para integrarlos en el torrente económico, estaremos frente al autoencubrimiento, situación que impide que se le procese por el lavado de activos, toda vez que no se le puede exigir al delincuente otro comportamiento distinto.

Consideraciones finales

Concluido el análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial en relación con los delitos fuente del punible de lavado de activos, nuestro criterio sobre la necesidad de contar con sentencia previa por el delito subyacente para poder dictar fallo condenatorio por el punible de lavado de activos se resume en que en aquellos países en los cuales se ha declarado la autonomía del delito de lavado de activos, como en el caso colombiano, para condenar por este ilícito, si bien no se requiere contar con una decisión condenatoria por el delito que genera los recursos que se pretenden lavar, sí es necesario que el sujeto activo conozca que dichos bienes provienen de actividades relacionadas con comportamientos ilícitos y que tales comportamientos estén relacionados con los comportamientos delictuales referencia-

dos en el tipo penal básico de lavado de activos. De otra parte, ese conocimiento no tiene que ser pormenorizado o detallado; esto es, en palabras de la Corte Suprema de Justicia –cuyo parecer compartimos–, que exista un nexo suficiente para afirmar que el sujeto conocía de actividades al margen de la ley.

Lo anterior supone un esfuerzo de la administración de justicia para demostrar la existencia de los delitos previos y del conocimiento por parte del sujeto agente de que los recursos provienen de actividades ilícitas; de lo contrario, se estaría violando la presunción de inocencia, condenando así a los ciudadanos algunas veces por la existencia de indicios, tales como la mala justificación del porte de dineros o el no registrar la información fidedigna ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), conductas violatorias de normas administrativas, pero que no bastan para acreditar que el sujeto pretende lavar dichos bienes, pues para ello se requieren otras pruebas.

Conforme a esta postura, criticamos la adopción en algunas decisiones judiciales del concepto de la carga dinámica de la prueba²⁹, que traslada al sindicado la obligación de probar el origen de los bienes que posee o transporta, invirtiendo así la carga de la prueba. A este respecto, bien vale traer a colación lo expresado por la propia Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 22179 del 9 de marzo de 2006, con ponencia del doctor Alfredo Gómez Quintero, que si bien

29 La carga dinámica de la prueba se consagró en el Código General del Proceso en el artículo 167, para los procesos civiles, comerciales, de familia y agrario.

se relaciona con un proceso de enriquecimiento ilícito, es aplicable al lavado de activos por obedecer al mismo principio general:

En el segundo caso, y en relación con la expresión “*no justificado*”, debe recordarse en el punto anterior en cuanto a que su operancia no conduce en manera alguna a la inversión de la carga de la prueba, pues es al Estado a quien corresponde en última instancia probar el hecho típico, antijurídico y culpable, de conformidad con los medios de prueba existentes y los elementos de juicio aportados al proceso...

Y agrega:

Pero también que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal. Derecho fundamental del investigado acorde con el cual no está obligado a presentar al juez prueba alguna demostrativa de su inocencia, imponiéndose por contraprestación que sean las autoridades judiciales quienes deban demostrar la culpabilidad, en los términos en que la interpretación constitucional también lo ha decantado al señalar que...

Un buen sector de la doctrina nacional ha compartido el criterio descrito. Así, un reconocido tratadista de derecho procesal ha señalado sobre el tema, al comentar la Sentencia de casación 23754 de 9 de abril de 2008, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez:

El razonamiento de la Corte, desde el punto de vista lógico, es absolutamente correcto, pero desde el punto de vista político e ideológico es incorrecto. La noción de cargas di-

námicas de la prueba, invierte la carga de la prueba y la residencia no en cabeza de quien le favorece la prueba, sino en cabeza de quien le queda más fácil, por la inmediatez con el objeto, porque tiene los conocimientos y fundamentalmente tienen un contenido de solidaridad o de equidad, que no se le puede exigir al inculcado. Transportar al proceso penal la noción de las cargas dinámicas, contradice políticamente la presunción de inocencia, es un mensaje no conveniente y por otra parte esa noción por lo menos en el caso que se juzgó resultó completamente inútil. (Parra Quijano, 2011, p.260)

Finalmente debe advertirse que el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, al consagrar la presunción de inocencia precisa que corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. Y concluye en forma perentoria: “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

De este modo, y aceptando que el delito de lavado de activos debe ser perseguido en forma implacable por los perjuicios que ocasiona a la economía y a la moral social, consideramos que debe exigirse a los funcionarios judiciales realizar todo lo que esté a su alcance para acreditar que los recursos que se pretende lavar tienen su origen en cualquiera de los comportamientos reseñados como subyacentes en el artículo 323 del Código Penal y que la *inferencia judicial*, a la que ha apelado con tanta insistencia la Corte Suprema, no se convierta en una disculpa para abstenerse de investigar circunstancias que, indefectiblemente, deben ser indagadas por los

funcionarios judiciales para demostrar la participación de los imputados por esta delincuencia.

Referencias

- Bajo Fernández, M. (2009). El desatinado delito de blanqueo de capitales. En M. Bajo Fernández & S. Bacigalupo (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons.
- Bazzani Montoya, D. (2003). Del lavado de activos. En *Lecciones de derecho penal*. Parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernate Ochoa, F. (2006). *Estudios de derecho penal económico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Blanco Cordero, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona (España): Aranzadi.
- Callegari, A. L. (2003). *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Código Penal (1980, 23 de enero) [CP/1980]. Decreto-Ley 100 de 1980 (derogado). Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 35461 de 20 de febrero de 1980.
- Código Penal (2000, 24 de julio) [CP]. Ley 599 de 2000. Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 44097 de 24 de julio de 2000.
- Colombia. Ley 1121 de 2006 (29 de diciembre). *Diario Oficial* 46497 de 30 de diciembre de 2006.
- Colombia. Ley 1453 de 2011 (24 de junio). *Diario Oficial* 48110 de 24 de junio de 2011.
- Colombia. Ley 17060 de 1998, Uruguay (23 de diciembre). Asamblea General, Senado y Cámara de Representantes. *Diario Oficial* 25189 de 8 de enero de 1999.
- Colombia. Ley 1762 de 2015 (6 de julio). *Diario Oficial* 49565 de 6 de julio de 2015.
- Colombia. Ley 190 de 1995 (6 de junio). *Diario Oficial* 41878 de 6 de junio de 1995.
- Colombia. Ley 27765 de 2002, Perú (26 de junio). Ley Penal contra el Lavado de Activos. Congreso de la República. *El Peruano* de 27 de junio de 2002.
- Colombia. Ley 365 de 1997 (21 de febrero). Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 42987 de 21 de febrero de 1997.
- Colombia. Ley 67 de 1993 (23 de agosto). *Diario Oficial* 41003 de 24 de agosto de 1993.
- Colombia. Ley 747 de 2002 (19 de julio). *Diario Oficial* 44872 de 19 de julio de 2002.
- Colombia. Ley 906 de 2004 (31 de agosto). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 45658 de 1 de septiembre de 2004.
- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988, 20 de diciembre). *Viena: Naciones Unidas*. Recuperado del sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2003, 31 de octubre). Nueva York: Asamblea General de las Naciones

- Unidas. Recuperado del sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-127, 30 de marzo de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-191, 20 de abril de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-319, 18 de julio de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-326, 22 de marzo de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 21044. Aprobado Acta 001, 19 de enero de 2005. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 22179. Aprobado Acta 21, 9 de marzo de 2006. M. P. Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 23174. Aprobado Acta 240, 28 de noviembre de 2007. M. P. Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 23754. Aprobado Acta 085, 9 de abril de 2008. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 23881. Aprobado Acta 028, 28 de febrero de 2007. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 25248. Aprobado Acta 112, 5 de octubre de 2006. M. P. Mauro Solarte Portilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 25219. Aprobado Acta 06, 24 de enero de 2007. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 25360. Aprobado Acta 105, 30 de abril de 2008. M. P. Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 28300. Aprobado Acta 241, 5 de agosto de 2009. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Chirolla Lozada, M. C. (2003). Los delitos de lavado de activos y omisión de control en el proyecto de Código Penal. *Vniversitas*, (106), 377-386.
- Del Carpio Delgado, J. (1997). *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Iniesta, D. J. (1996). *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. Barcelona: Cedecs.
- Gómez-Benítez, J. M. (2006). Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 27(82), 64-82.

- Hernández Quintero, H. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera* (7.a ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Montealegre Lynett, E. (2003). El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial del lavado de activos en Colombia. Estudio introductorio. En A. L. Callegari, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Parra Quijano, J. (2011). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2007). *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Grijley.
- Puyana Ramos, G. (1995). El sector financiero y la lucha contra el lavado de activos. En *Boletín Jurídico Financiero*. Bogotá: Asobancaria.
- Renart García, F. (1998). El blanqueo de capitales en el derecho penal suizo. *Revista del Poder Judicial*, (50), segundo trimestre.
- Reyes Echandía, A. (1981). *La tipicidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz López, C. E. Vargas Lozano, R. Castillo Garay, L. & Cardona Soto, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Trovato, G. F. (2009). La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal argentina. En M. Bajo Fernández & S. Bacigalupo (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons.