

DELITOS FUENTE DEL LAVADO DE ACTIVOS

1. Marco general

La Corte Suprema de Justicia ha definido el delito de lavado de activos de la siguiente forma:

“El lavado de activos, o blanqueo de capitales como también se le denomina, consiste en la operación realizada por el sujeto agente para ocultar dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y su posterior vinculación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos.

*“Lo anterior significa que dicha conducta típica puede ser realizada por cualesquier persona a través de uno cualquiera de los verbos rectores relacionados en la norma -adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar, administrar- **bienes provenientes de los delitos de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, o relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, así como también del tráfico de armas y comportamientos delictivos contra el sistema financiero, la administración pública y los vinculados con el producto de los ilícitos objeto de un concierto para delinquir – conductas estas últimas adicionadas en la nueva normatividad y que no aparecían descritas en el precepto derogado-**, como también lo fueron las actividades de tráfico de migrantes y trata de personas por el Art. 8º de la Ley 747 de 2002; darle apariencia de legalidad o legalizar tales bienes, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza, origen ubicación o destino, movimiento o derechos sobre los mismos; o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”.*¹ (Negrillas fuera del texto)

Lo anterior quiere decir que para la realización de las actividades tendientes a ocultar dineros de origen ilegal y darles posterior apariencia de legalidad a través de su vinculación al sistema económico, debe existir de manera anterior una

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación penal, sentencia del 5 de octubre de 2006 M.P, Mauro Solarte Portilla.

actividad delictiva a través de la cual se obtengan efectivamente los dineros ilícitos que se pretendan lavar.

Dichas actividades delictivas anteriores al lavado de activos, también denominadas delitos fuente o delitos subyacentes, se encuentran determinadas en el art. 323 del Código penal, que tipifica precisamente el delito de lavado de activos. De la lectura de este artículo se desprenden los siguientes delitos fuentes:

- Tráfico de migrantes
- Trata de personas
- Extorsión
- Enriquecimiento ilícito
- Financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas
- Tráfico de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas
- Delitos contra el sistema financiero: artículos del 314 al 317 del código penal
- Secuestro extorsivo
- Rebelión
- Tráfico de armas
- Tráfico de menores de edad
- Delitos contra la administración pública: artículos del 397 al 434 del código penal
- Actividades vinculadas con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir

Habiendo establecido la necesidad de realizar unas de las conductas anteriormente descritas para conjurar el delito del lavado de activos, dado que es un componente normativo del tipo penal, resta analizar si es necesaria la existencia de una decisión judicial anterior donde se declare la existencia del delito subyacente para poder determinar la responsabilidad por lavado de activos de un sujeto, o si por el contrario, dentro del mismo proceso penal que se adelante a una persona por el delito de lavado de activos, basta que se acredite con una mera inferencia lógica la existencia del delito subyacente, mediante la libertad probatoria del sistema penal colombiano, para poder endilgar la conducta punible al procesado.

La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida y uniforme sobre el tema objeto de discusión. En primer lugar, ha establecido que para fundamentar adecuadamente la imputación del delito de lavado de activo, **basta que el sujeto activo de la activo no demuestre el origen lícito de los recursos**, porque en lo atinente al ingrediente normativo de los delitos subyacentes al lavado de activos, no requieren *“una decisión judicial en firme”*, sino la mera

declaración judicial de la existencia de la conducta punible que subyace al delito de lavado de activos.”

Es decir, que a la luz de los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia:

*“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.**”²*
(Negrillas fuera del texto)

En este mismo orden ideas, la sala de Casación Penal de la Corte también ha establecido que el delito antecedente del lavado de activos no debe recaer necesariamente sobre el mismo sujeto al cual se le imputa el delito de activos, en ese sentido se expresado de la siguiente forma:

*“...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.***
(...)

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 judicial en firme el delito de donde provenían los recursos ilícitos, pues la actividad ilegal subyacente sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente”³ (Negrilla fuera del texto)

² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad: 23174, M.P. Alfredo Gómez Quintero

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de abril de 2008, Rad: 23754 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Con todo, la jurisprudencia de la Corte⁴ ha sido pacífica en determinar (i) el carácter autónomo del delito de lavado de activos en tanto no requiere declaración judicial previa; y (ii) la necesidad de probar por una mera inferencia lógica la realización del delito subyacente, bien por parte del procesado o bien por parte de un tercero, para poder cumplir con el ingrediente normativo de que trata el tipo penal de lavado de activos.

2. De los delitos fuente en particular

Una vez dado el marco general de los delitos fuente del lavado de activos, pasaremos a analizar los delitos fuente en sí mismos consideramos, sin embargo, haremos una aclaración inicial.

De acuerdo a un estudio realizado por la línea de investigación en derecho penal económico de la Universidad del Rosario⁵, en Colombia las sentencias que emitidas por delitos de lavado de activos solo comprenden dos delitos fuente: el enriquecimiento ilícito en el 60% de los casos, y el narcotráfico en el 40% restante, lo cual evidencia dos situaciones:

- (i) Que el narcotráfico es un problema de nuestra sociedad que, a pesar de los ingentes esfuerzos del Estado Colombiano por combatirlo mediante herramientas como la represión penal entre otras, aún sigue siendo económicamente rentable para el sostenimiento para las estructuras de crimen organizado.
- (ii) Dentro de las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación respecto del delito de lavado de activos, los investigadores no pueden establecer con claridad, bien por la falta de información o elementos materiales de prueba y evidencia física o por la falta de capacitación sobre este tema, los reales delitos subyacentes en el proceso de lavado de activos en concreto.

Razones por las cuales son pocos los casos en donde se puedan ver sentencias de lavado de activos en donde se pongan de presente delitos subyacentes distintos a

⁴ Corte Suprema de Justicia, rad: 25360; rad: 25618; rad: 25919; rad: 25975; rad: 26144; rad: 33472; rad: 27026; rad: 36089 entre otras.

⁵ Estudio de sentencias sobre lavado de activos proferidas entre los años 2005 y 2013, disponible en *síntesis y reflexiones sobre el sistema antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014.

los anteriormente mencionados. Sin embargo, y ante las recientes investigaciones que adelanta la Fiscalía por casos de delitos contra la administración pública, esperamos que se puedan dar pronunciamientos por parte de los jueces y del máximo órgano de cierre de la jurisdicción penal respecto de lavado de activo proveniente de este tipo de conductas punibles.

Para abordar el estudio de los delitos fuente en particular, comenzaremos por analizar en primera medida los dos delitos fuente que fueron el resultado del estudio que adelantó la línea de investigación de la Universidad del Rosario, cuales son el enriquecimiento ilícito y el narcotráfico.

I. Enriquecimiento ilícito

Para entrar en el estudio de este tipo penal, debe hacerse una aclaración preliminar: el Código Penal hace una distinción entre dos formas del enriquecimiento ilícito, el primero que es cometido por los particulares y está tipificado en el art. 327; y uno propio del servidor público, establecido en el art. 412 del estatuto penal.

Dado que el enriquecimiento ilícito de servidor público hace parte del título de los delitos contra la administración pública, el cual tiene una categoría especial dentro de los delitos fuente del lavado de activos, su estudio se hará cuando se llegue a ese capítulo en particular. Por lo pronto, en esta parte se evaluará el enriquecimiento ilícito de particulares.

El enriquecimiento ilícito supone **un incremento patrimonial no justificado** por una persona, derivado de una u otra forma de actividades delictivas, además de que supone la titularidad sobre el patrimonio irregular; mientras que en el lavado de activos no supone necesariamente la titularidad sobre los bienes, pues solo se les trata de dar apariencia de legalidad.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Justicia ha establecido la diferencia sustancial entre el lavado de activos y el tipo penal objeto de análisis:

“La diferencia en esta materia entre el lavado de activos (art. 323) con el enriquecimiento ilícito de particulares (art. 327) radica en que en éste el actor ostenta la personería del bien (para sí o para otro), mientras que en aquél no ostenta personería pero lo porta, lo resguarda, oculta su origen, etc., y se detecta –al menos a título de

inferencia- que el bien está asociado con las actividades ilícitas referidas en la norma.

En suma, el enriquecimiento ilícito de particulares es un delito fin en sí mismo, mientras que el lavado de activos encubre actividades cuya gravedad es mayúscula y ello se refleja en la determinación penológica. Se trata de dos conductas que, si bien atentan contra el mismo bien jurídico, difieren en su estructura y elementos normativos, en el fundamento y la naturaleza del juicio de reproche... ”⁶.

II. Narcotráfico

El narcotráfico es un delito tipificado en el art. 376 del Código Penal bajo el nombre de *fabricación o porte de estupefacientes*, en este caso el bien jurídico tutelado es el de la salud pública, sin embargo, se ha reconocido que con la tipificación de este delito también se tutelan otros bien jurídico, como es la seguridad pública y el orden económico y social⁷. Respecto de la tipificación de la conducta punible en si misma considerada, se ha dado un largo debate respecto de la conveniencia o no de tipificar el delito⁸, discusión que si se plasmara en este texto excedería en mucho el propósito del mismo.

Para efectos del tema que aquí se nos presenta, debemos tener en cuenta que el lavado de activos se tipificó de forma primigenia como una respuesta a la lucha contra el tráfico de drogas ilícitas y sustancias psicotrópicas. Prueba de ello es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena de 1988⁹, la cual establece la obligación para los Estados parte de elevar a la categoría de delito autónomo el lavado de dinero.¹⁰

⁶CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del 11 de marzo de 2009, rad. núm. 26144 M.P. Alfredo Gómez Quintero

⁷ Castro Cuenca y otros, *Delitos contra la salud pública y la seguridad social*, en Manual de Derecho Penal parte especial Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 2011, pg. 591

⁸ *Ibidem*, pg. 592 y ss.

⁹ Esta convención fue aprobada mediante la Ley 67 de 1993 y fue declarada exequible a través de la Sentencia C-176 de 1994 dictada por la Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena de 1988 “Artículo 3. Delitos y Sanciones. 1. Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo

Además, en la legislación española con la reforma del código penal 1988 introdujo el lavado de activos como un tipo penal vinculado originariamente al narcotráfico, y se tipificó de forma expresa para cubrir “*las lagunas de punibilidad que podrían darse en este ámbito aplicando solo los delitos de receptación o encubrimiento*”.¹¹ Con posterioridad, con el código español de 1995, se amplió el ámbito de aplicación del lavado de activos, en la medida en que no se limitó al lavado de bienes provenientes del narcotráfico, si no que se extendió a otros activos provenientes de la comisión de cualquier **delito grave**, limitación que fue eliminada con la ley orgánica 15/2003, permitiendo la configuración del lavado de activos a cualquier delito.¹²

Para el caso Colombiano, la tipificación del lavado de activos también obedeció a una respuesta de la lucha antinarcóticos, que para los primeros años de la década de los 90 había alcanzado su punto más álgido. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia sintetiza de forma perfecta la evolución normativa del lavado de activos:

“...con ocasión de la Ley 67 del 23 de agosto de 1993, mediante la cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Colombia adquirió el compromiso

dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);

iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines;

v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);

b) i) **la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;**

ii) **la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;...**”

¹¹ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pg. 546.

¹² Cobo del Rosal, M. *Derecho penal parte especial*, Madrid, Dykinson L.S, 2005, Pg. 622

de “tipificar como delitos penales en su derecho interno” (numeral 1° del artículo 3°) las conductas de conversión, transferencia, ocultación, etc., de recursos procedentes de dicha actividad delictiva.

Por lo anterior, el artículo 31 de la Ley 190 de 1995 dispuso modificar el artículo 177 del Decreto 100 de 1980, ubicado dentro de los comportamientos contra la administración de justicia, bajo el título “receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales”, con el fin de sancionar a quien fuera de los casos de concurso en el delito y siempre que el hecho no constituyera punible castigado con pena mayor, “asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera el objeto material o el producto del mismo, o les de a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad, o los legalice”, incrementando la pena de la mitad a las tres cuartas partes, cuando, entre otros, “los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986”.

Posteriormente se tipificó el delito de lavado de activos dentro de aquellos que atentan contra el bien jurídico del orden económico y social, en el artículo 9° de la Ley 365 de 1997, “por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones”, refiriéndolo a bienes con “origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas” y precisando los verbos rectores así: “oculte o encubre la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”.¹³

En suma, la tipificación del lavado de activos fue, en principio, una respuesta de la lucha que se estaba dando contra el tráfico de sustancias

¹³ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 17 de septiembre de 2008, Rad: 23236, M.P. María del Rosario Gonzales de Lemos.

ilícitas y sustancias psicotrópicas, que con el paso del tiempo ha ampliado su ámbito de aplicación a otras conductas punibles al punto de llegar al estado actual de desarrollo en la legislación colombiana.