

El lavado de activos culposo o imprudente y sus implicaciones en el sector financiero

JUAN PABLO RODRÍGUEZ CÁRDENAS

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que uno de los delitos que ha adquirido mayor trascendencia a nivel mundial es el lavado de activos, situación ésta que se ha visto alimentada por fenómenos como la globalización, el desarrollo de la tecnología y la internet. En ese sentido, debe decirse de entrada que se trata de una conducta reprochable que tiene innegables implicaciones en el sector financiero, las cuales vamos a poner de presente aquí en términos de una regulación de lavado de activos culposo o imprudente.

Para arribar a una postura coherente sobre la materia, en primera instancia haremos una presentación panorámica sobre el delito, sus pasos, métodos y su regulación a nivel mundial, para luego verificar la incidencia que pudiera llegar a tener en el sector financiero.

I. PRECISIONES CONCEPTUALES

Lavado de activos, lavado de dinero y blanqueo de capitales son las diferentes acepciones que tiene este delito, lo que nos obliga a precisar su significado, sin que esto se ponga en contravía con otros conceptos

autorizados que se hayan emitido al respecto. Por consiguiente, el lavado de activos hace referencia al ocultamiento y demás conductas de legalización de dinero proveniente del narcotráfico; por su parte, el lavado de dinero tiene que ver con el mismo propósito, pero referido a todas las conductas ilícitas de las que proviene el dinero distintas al narcotráfico, tales como el terrorismo, el tráfico de armas, la trata de blancas, la extorsión, etc; y se entiende por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de actividades delictivas para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las genere se desarrollen en el territorio de otro Estado. Sea que se acojan todas o una de las tres acepciones que hemos presentado, debe decirse que su denominación también depende del *nomen iuris* con el que se tipifique en la normatividad respectiva, con lo que para efectos del presente escrito ha-

blaremos indistintamente de lavado de activos.

En cualquiera de los tres casos es claro que puede llegarse a una definición general de este delito, según la cual se trata del proceso por medio del cual se ocultan los dineros de procedencia ilegal en moneda nacional o extranjera con los subsiguientes actos de *colocación, diversificación e integración* con los cuales completan el proceso de lavado.

Para el caso de la colocación, también denominada ubicación, el lavador del dinero ingresa sus fondos ilegales en el sistema financiero, a través de instituciones financieras, casinos, casas de cambio, negocios de servicios monetarios (NSM) y otros, tanto en su lugar de origen como en el exterior, pero siempre con la finalidad que se encuentren o confluyan dentro de las operaciones financieras de una institución bancaria. Una vez agotada esta etapa, se llega a la diversificación, disimulación o estratificación, la cual supone que el lavador con el dinero producto de las actividades ilícitas que ya se encuentra en el torrente financiero realiza complejas transacciones con el fin de borrar el rastro, la fuente y la titularidad de dichos fondos. La materialización de esta etapa se puede lograr a través de transferencias cablegráficas de efectivo de una cuenta o otra, la conversión de dinero en instrumentos monetarios como cheques, CDTs, etc., por intermedio de inversiones inmobiliarias y la constitución de negocios legítimos. Por último, se encuentra la integración o mezcla, en la que el lavador ubica nuevamente los fondos lavados en la economía para generar la apariencia de legalidad de los mismos.

Con todo, tenemos que se trata de un proceso cíclico que persigue el ocultamien-

to de los dineros ilegítimos, su respectiva inversión y la constitución de una buena coartada para escapar de la acción de las autoridades judiciales, los auditores contables y los controles institucionales; todo esto sirviéndose del sistema financiero y partiendo de la premisa según la cual, el mejor lugar para ocultar y legalizar el dinero proveniente de actividades ilícitas son las instituciones financieras porque es allí donde hay más dinero del cual se presume su legítima procedencia.

II. MÉTODOS DE LAVADO DE ACTIVOS

En ese orden de ideas, nos corresponde ahora hacer mención a los métodos utilizados para el lavado de activos, advirtiendo que la nuestra será una simple enumeración y teniendo en cuenta que los mismos evolucionan a una velocidad superior a la de la normatividad que pretende controlarlos y prevenirlos. Ellos son, los bancos y las instituciones de depósito tanto públicas como privadas, las casas de cambio, los Negocios de Servicios Monetarios (NSM), las compañías de seguro, los comisionistas de bolsa, los negocios y profesiones no financieras, los casinos, los agentes inmobiliarios, los vendedores de objetos de valor, las sociedades fachada, el e-cash, los fideicomisos, así como, el mercado del oro, los metales y las piedras preciosas, la sobrefacturación, la importación y exportación ficticia, el financiamiento o suscripción de títulos para urbanizaciones, la inversión extranjera, las ONG, la utilización de cuentas inactivas, las agencias de viaje, los juegos de suerte y azar, las mulas de dólares, las operaciones stand by, la compra de contratos en licitaciones estatales, y el contrabando, entre otros.

Es así como se hizo urgente para la comunidad internacional ocuparse del lavado de activos, elevándolo a la categoría de delito y estableciendo infinidad de controles y políticas para prevenirlo. Así las cosas, el proceso de regulación y normativización del lavado de activos data desde la Convención de Viena sobre el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas de 1988, para pasar a instrumentos jurídicos como la Declaración de Basilea del mismo año sobre la Prevención del Uso Delictivo del Sistema Bancario con el propósito de Lavar Dinero, que fue suscrita por el grupo de los once a través de los representantes de los Bancos Centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos y Luxemburgo; el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o Financial Action Task Force (FATF) que se constituyó en París en la Cumbre Económica de 1989 con la participación del grupo de los siete (G-7) conformado por Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá; la Comisión de la Comunidad Europea de 1991; la Organización de Estados Americanos (OEA) que en 1992 adoptó las recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD); el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAIFC); el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD); el Grupo Antilavado de Dinero de la Región Asia/Pacífico; la Convención Centroamericana para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de 1997 constituida como producto de la Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal y Extradición por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Hon-

duras, Nicaragua y Panamá; el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas (PNUFID) de 1998; el Grupo Egmont; hasta llegar al Grupo Wolfsberg. Siendo un poco más específicos al respecto, vamos a hacer un pequeña referencia sobre la normatividad internacional.

III. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Para el caso del GAFI, se tiene que está conformado por 31 países y dos organizaciones internacionales como la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo, se reúnen anualmente para presentar su informe sobre los esfuerzos antilavado de dinero de los países miembros, así como para reportar a los países considerados como no cooperantes en el esfuerzo mundial antilavado. En ese sentido, su labor principal es persuadir a los países con grandes centros financieros para adoptar las 40 recomendaciones y apoyar los esfuerzos de los países miembros, para lo cual realiza la supervisión del progreso de sus miembros, la revisión de las técnicas y contramedidas antilavado de dinero (ALD), la promoción de la adopción e implementación de medidas especiales por países no miembro, a través de mecanismos como la evaluación y la autoevaluación. Dichas recomendaciones fueron emitidas en 1990 y han sido modificadas en 1996 y 2003.

De acuerdo con lo anterior, la 40 recomendaciones del GAFI pueden ser divididas en cuatro grupos así, las que tratan sobre el contexto general; las que se refieren al marco legal; las relativas al rol del sistema financiero y las que hacen alusión al fortalecimiento de la cooperación internacional.

En el primer grupo, se destaca la urgencia de los países por ratificar la Convención de Viena para que las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras no inhiban la implementación de las recomendaciones y promuevan la ayuda multilateral en las investigaciones penales, juicios y extradiciones. Sobre el marco legal, las mismas dirigen sus esfuerzos por la penalización del lavado de activos provenientes del narcotráfico y demás conductas ilícitas que generan grandes ganancias, así mismo promueven la promulgación de normas que permitan el congelamiento, embargo y confiscación de la propiedad relacionada con los fondos lavados. Para el caso del *Rol del Sistema Financiero*, las recomendaciones sugieren extender su aplicación además de las instituciones bancarias, a las instituciones financieras no bancarias como casas de cambio, casinos, negocios o profesiones no financieras, entre otros. De la misma manera regula temas como la identificación del cliente, respecto de la adopción de medidas razonables para obtener información verdadera sobre su identidad; la conservación de documentos al menos por 5 años; la implementación de nueva tecnología; las políticas de precaución sobre transacciones complejas o inusualmente grandes de las cuales debe dejarse informe; el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS); la protección de las instituciones financieras sobre responsabilidad civil y penal; la adopción de un Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA); la extensión en la aplicación de las recomendaciones a las filiales o sucursales; la precaución con las relaciones comerciales que se tienen con personas o países donde no se acogen estas recomendaciones; la adopción de medidas para detectar o vigilar el transporte trans-

fronterizo de dinero en efectivo; el reporte de operaciones en efectivo por parte de los bancos y otras instituciones; la promoción del desarrollo de técnicas modernas y seguras de gestión de fondos (cheques, abonos automatizados, etc.) y la colaboración con las autoridades judiciales. Por último, en el cuarto grupo sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional, las recomendaciones están dirigidas a fomentar en las autoridades el intercambio de información sobre el flujo de moneda, regular las técnicas de lavado de dinero, las transacciones y las operaciones sospechosas, estableciendo para ello, acuerdos bilaterales y multilaterales.

Respecto de las modificaciones hechas en 1996 y 2003 a las recomendaciones, debemos decir que las mismas hicieron referencia a los banco correspondientes y bancos pantalla, las transacciones virtuales, las acciones al portador, los fideicomisos y los negocios o profesiones no financieras. Por otro lado, ya que es innegable la íntima relación que guardan delitos como el terrorismo y el lavado de activos, el GAFI dispuso una guía sobre el financiamiento del terrorismo, producto de una plenaria extraordinaria celebrada en Washington en el 2001, estableciendo nuevos estándares internacionales para combatir el financiamiento del terrorismo con lo cual deben tomarse medidas para ratificar e implementar los documentos relevantes de las Naciones Unidas como penalizar el financiamiento del terrorismo (actos y organizaciones); congelar y confiscar activos terroristas; reportar transacciones sospechosas ligadas al terrorismo; brindar la mayor asistencia posible a las fuerzas de cumplimiento de otros países y a las autoridades regulatorias; imponer requisitos ALD sobre los sistemas alternativos de remesa; fortalecer las

medidas de identificación del cliente en las transferencias cablegráficas nacionales o internacionales y asegurar que las entidades, en particular las organizaciones sin ánimo de lucro, no puedan ser utilizadas para financiar el terrorismo.

Desde el punto de vista regional, en 1992 la OEA-CICAD, estableció una legislación modelo enfocada específicamente a la regulación relativa a los delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y delitos conexos que sea compatible con las recomendaciones del GAFI y las normas sobre lavado de dinero de las Naciones Unidas, es así como todas las naciones que ratifiquen esta convención están obligadas a implementar su contenido mediante reformas legales y administrativas.

Por su parte, el GAFIC que inició sus labores en 1990 con más de 20 naciones miembro, se ha preocupado por fomentar los controles de lavado y la capacitación a las instituciones financieras, para lo cual emitió 19 recomendaciones destinadas específicamente a la región del Caribe que fueron consagradas en la Declaración de Kingston que supone mecanismos como la autoevaluación y la evaluación mutua. Este organismo tiene dos reuniones plenarios por año y una ministerial en el mismo periodo. Dichas recomendaciones tratan temas como, el establecimiento de dependencias especializadas en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos denominadas Unidades de Información Financiera (UIF); el privilegio de la relación client-abogado; la confiscación; la extinción de dominio; los entes de supervisión; los registros contables; el informe de movimientos en efectivo y la cooperación administrativa.

Por un lado, para el caso del el Grupo Antilavado de Dinero de la Región Asia/Pa-

cífico creado en 1997, y con dos encuentros al año, tiene como objetivos principales enfocarse en conjunto en los esfuerzos ALD en la región; discutir temas regionales; intercambiar información; alentar a toda la región para adoptar estándares internacionales ALD; permitir que los factores regionales sean tenidos en cuenta en la implementación de medidas ALD; implementar iniciativas ALD incluyendo asistencia legal mutua y coordinar o dar apoyo práctico a los países que así lo requieran. Y por el otro, el GAFISUD que fue creado en el 2000 en la Cumbre de Cartagena, con miembros observadores como la CICAD, el Banco Mundial, el BID, España, Estados Unidos, el FMI, Francia, México, Naciones Unidas y Portugal, su propósito ha sido el acogimiento y aplicación en las regulaciones de los países miembro de las 40 recomendaciones y las recomendaciones especiales sobre financiamiento del terrorismo.

Igualmente, el Comité de Basilea desde 1974 aplica estándares internacionales especiales de supervisión para el sector bancario en la lucha contra el lavado de activos, como políticas estrictas de conozca su cliente (CSC), la promoción de altos profesionales y la adopción de valores éticos en el sector financiero. En 1988, con la emisión de la declaración de principios sobre Prevención del Uso Criminal del Sistema Bancario con Fines de Lavado de Dinero, cada institución bancaria debe cumplir con la identificación del cliente; el cumplimiento de leyes; desarrollar su objeto social de acuerdo con altos estándares legales a nivel internacional y local; la cooperación con las autoridades de cumplimiento hasta donde éste permitido sin violar la confidencialidad con el cliente; la capacitación del personal; el mantenimiento de archivos y; la realiza-

ción de auditorías. Es así como el Comité de Basilea reconoció la importancia de las políticas CSC, entendiéndose por ello una diligencia debida adecuada en los procedimientos de identificación de clientes existentes y nuevos, teniéndolas aquellas como medidas de protección, de seguridad y eficiencia de los bancos que aseguran la integridad de los sistemas bancarios. En consecuencia, para octubre de 2001 se emitió un documento sobre Diligencia Debida para los clientes de los bancos, del cual se destacan procedimientos estándar para el caso de clientes virtuales; la supervisión del Oficial de Cumplimiento; el monitoreo de las operaciones; las medidas administrativas y el desarrollo de políticas y procedimientos de aceptación de clientes tanto individuales como asociados en personas jurídicas, teniendo en cuenta que no debería permitirse a las cuentas de banca privada escapar de las políticas CSC.

Desde la óptica de las Directivas de la Unión Europea adoptadas por el Consejo de Europa en 1991 y modificadas en el 2001, se insta a los países miembros para que dicten leyes capaces de prevenir que sus sistemas financieros a nivel local sean utilizados para el lavado de dinero. Como una forma de materializar estas directivas, los ordenamientos jurídicos de Europa tipificaron como delito el lavado de activos, y establecieron normas sobre la verificación de la identificación del cliente; la supervisión de transacciones sospechosas; la cooperación de las instituciones con las autoridades gubernamentales; la implementación y mantenimiento de adecuados controles internos y la capacitación del personal. Las Directivas ALD de la Unión Europea desde diciembre de 2001 han establecido obligaciones para negocios y profesiones no financieras como los

abogados; auditores; contadores; asesores impositivos; agentes inmobiliarios; casinos; comerciantes de productos de alto valor; notarios y otras profesiones legales independientes.

Para 1995 con la creación del Grupo Egmont como un grupo de Unidades de Inteligencia Financiera cuyo objetivo era mejorar el apoyo a sus respectivos programas nacionales ALD a través del desarrollo de protocolos sobre el intercambio de información; la ampliación y sistematización de inteligencia financiera; el mejoramiento de la experiencia y las habilidades del personal de dichas organizaciones y el fomento de una mejor comunicación entre las UIFs por medio de la aplicación de nuevas tecnologías para ser puestas en práctica en investigaciones penales. Es así como para el 2002 habían más de 65 UIFs constituidas.

Y terminando con las organizaciones a nivel regional, está el Grupo Wolfsberg creado en octubre 2000, en consorcio de algunos de los mayores bancos mundiales y con la cooperación de un grupo internacional anticorrupción. Su labor principal ha estado dirigida al diseño de guías ALD en las que se recomiendan controles para la Banca Privada. Dichos principios establecen obligaciones como la de identificar al dueño o beneficiario de los fondos; para los banqueros privados la de realizar una diligencia debida sobre los gerentes e intermediarios para determinar que los mismos hayan aplicado las políticas sobre la materia para con sus clientes; la de aprobar cuentas nuevas a nuevos clientes por medio de funcionarios diferentes; el establecimiento de políticas escritas sobre identificación y seguimiento de actividades inusuales o sospechosas y la aplicación de las políticas de diligencia debida para actividades que ten-

gan que ver con funcionarios públicos, países de alto riesgo, actividades de alto riesgo y jurisdicciones offshore. Igualmente estas directivas hacen referencia a informes que deben reportarse a la gerencia de las instituciones financieras sobre la prevención en el lavado de activos; la capacitación del personal; la retención de documentos relevantes; la creación de Unidades para el Control del Lavado de Activos (UCLA) y la consagración de políticas de control. Con todo, para mayo de 2002, los principios Wolfsberg fueron revisados, y les fue agregada una sección referida a la prohibición del uso de cuentas internas de quienes no fueran clientes para prevenir el riesgo de concentración, de la misma forma se emitieron guías sobre la supresión del financiamiento del terrorismo y se generó un compromiso para restringir las relaciones comerciales con los NSM, las casas de cambio y agentes de transferencia de dinero.

Llegando a instrumentos normativos de carácter local y dentro del marco del ordenamiento jurídico de Estados Unidos, cabe destacarse la Ley de Sigilo Bancario de 1970, la Ley Federal sobre Asistencia Mutua Internacional en Asuntos Penales (IMAC) de 1983, la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios de Roma que contiene recomendaciones estrictas sobre las medias de control en bancos internacionales de 1984, la Ley contra el Lavado de Dinero de 1986, la Ley contra el Abuso de Drogas de 1988, el apartado 2532 de la Ley de Control de Crimen de 1990, el apartado 206 de la Ley de Mejoras de la Compañía Federal de Seguros sobre los Depósitos y el Título xv de la Ley de Vivienda y Desarrollo Urbano de 1992, la Ley de Annunzio-Wylie del mismo año que enduccionó las sanciones contra los bancos com-

prometidos en el lavado de activos y como producto normativo de los hechos del 11 de septiembre de 2000, la Ley Patriótica H. R. 3162 de 2001 que en los apartados 312 a 365 regula los mecanismos tendientes a prevenir y controlar el lavado de activos con especial referencia al sector financiero. No obstante lo anterior, la mayoría de los países reconoce como delito el lavado de activos dentro de sus Estatutos Penales, lo cual después del análisis respectivo resulta importante para efectos de determinar qué regulaciones hacen mención al lavado culposo o imprudente, y de esa manera establecer las implicaciones en el sector financiero.

Después de este recorrido por las 40 recomendaciones del GAFI, el reglamento modelo de la OEA-CICAD, las 19 recomendaciones del GAFIC, las medidas ALD del Grupo Antilavado de Dinero de la Región Asia/Pacífico, del GAFISUD, del Comité de Basilea, las Directivas de la Unión Europea, la Convención Centroamericana para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), el establecimiento de grupos como el Egmont y el Wolfsberg y la regulación de los Estados Unidos, sin mencionar de manera pormenorizada los Estatutos Penales de cada país, no cabe duda que se está librando una lucha frontal contra el lavado de activos, liderada en especial por el sector financiero, muestra de ello son tres políticas que queremos destacar aquí y que son producto de todo este avance regulatorio.

Dichas políticas que deben ser acatadas por los bancos tienen que ver con el *Cono-*

cimiento de Su Cliente (CSC), la *Debida Diligencia (DD)* y el *Conocimiento de Su Empleado (CSE)*. En ese sentido, se entiende por CSC el establecimiento de procedimientos y medidas a fin de determinar de la mejor manera posible factores como la identificación del cliente respecto de su actividad económica, la procedencia de sus fondos y el destino de los mismos, entre otros. Lo anterior, se logra a través del cumplimiento diligente de cada uno estos procedimientos que se materializan en la solicitud de documentos, visitas al cliente, verificación en centrales de riesgo, etc. No obstante esto, la política de DD ha ido más allá como en el caso de la Ley Patriótica, para exigir del sector financiero una *Debida Diligencia Mejorada (DDM)* la cual supone que la banca por medio sus funcionarios en el ejercicio y desarrollo de su objeto social debe tener una diligencia superior a la normal, es decir, debe comportarse como “el mejor hombre de negocios”. Como puede verse la única forma de asegurar el cumplimiento de las políticas de CSC y DDM es con la implementación de procesos estrictos, de acuerdo con los estándares internacionales, de vinculación y capacitación de los funcionarios de la banca, o lo que es lo mismo, la aplicación de la política de CSE. Así las cosas, son estas tres políticas el sustento en el diseño de un programa integral para la prevención y control del lavado de activos en el sector financiero y los medios más eficaces para prevenir y asegurar riesgos propios de este sector como el reputacional, el legal, el operativo y el de concentración.

IV. TIPIFICACIÓN DEL DELITO

Todo lo anterior, nos pone en el camino de la regulación sobre el lavado de activos,

teniendo en cuenta que en primera instancia nos referiremos a su tipificación tradicional, para luego ocuparnos de su modalidad culposa o imprudente. Para el caso de la tipificación tradicional debe decirse que el lavado de activos es un delito que se consuma de manera dolosa, es decir, que el sujeto que cometa este delito debe desplegar cualquiera de las conductas a las que ya hicimos referencia arriba, conociendo y queriendo cometer esta conducta punible. En otras palabras dicho, la consumación del lavado de activos exige del autor o partícipe el conocimiento de los elementos descriptivos de este delito y al mismo tiempo que le asista la intención o la voluntad para consumarlo. Es por eso que se dice que el lavado de activos es un delito doloso, ya que sin el cumplimiento de estos elementos cognoscitivo y volitivo, la conducta deviene en atípica o encuadrándose en otro delito, pero no será lavado de activos. Es así como tradicionalmente ha sido consagrada en los Estatutos Penales del mundo el delito de lavado de activos, pero en ordenamientos como el Reglamento Modelo de la CICAD, el Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos de la OEA, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), la Ley Patriótica de los Estados Unidos y los Códigos Penales de Alemania, Reino Unido, Suiza, España, Cuba, Argentina y el proyecto de código de Colombia consagraron la modalidad culposa o imprudente de esta conducta punible.

Tal regulación nos propone el siguiente interrogante, ¿para cometer el delito de lavado de activos culposo o imprudente es necesario conocer los hechos y querer consumir esta conducta?. La respuesta no se

hace esperar y viene dada por la diferencia entre el dolo y la culpa o imprudencia. Como ya lo dijimos, el dolo al igual que la culpa o imprudencia son elementos subjetivos de los tipos penales, que para el primer caso se predica de la mayoría de delitos, en cambio, para la modalidad culposa o imprudente es necesario que la descripción legal del delito que se trate expresamente lo consagre, es decir, para el caso de la modalidad culposa o imprudente del lavado de activos es necesario contar con una norma especial dentro de la normatividad respectiva. Pero más allá de estas precisiones jurídicas, es claro que los elementos de la culpa o imprudencia son diferentes a los del dolo. En ese sentido, la culpa o imprudencia se estructura generalmente sobre la base de la violación de un deber objetivo de cuidado, la consecución de un resultado típico y la relación de determinación entre éste y aquel. A través de un ejemplo trataremos de explicar la diferencia entre estas dos modalidades.

En el primer caso, A tiene una arma de fuego y la percuta sobre B dándole muerte; en el segundo, X conductor de un auto cruza un semáforo en rojo y atropella a un peatón Z causándole la muerte. En uno y otro supuesto, es claro que tanto A como X cometieron el delito de homicidio, el primero en modalidad dolosa y el segundo en modalidad culposa o imprudente. La diferencia radica en que en el primer caso A conocía que estaba percutando un arma y consecuentemente dándole muerte a B, conducta ésta que realizó de manera voluntaria; en cambio, X estaba conduciendo su vehículo y por violar la señalización produjo la muerte de Z, así las cosas, es claro que X estaba realizando un conducta socialmente permitida como la conducción de auto-

motores que a pesar de su demostrada peligrosidad y tratarse de actividades de riesgo como esta, la ejecución de intervenciones quirúrgicas o la administración de dineros del público como en nuestro caso, son reguladas con el establecimiento de reglamentos que de ser acatados minimizan el riesgo y evitan la producción de resultados lesivos para intereses individuales como la vida o colectivos como el orden económico y social de un país. En otras palabras, para el segundo caso se presentó un homicidio en la modalidad culposa o imprudente ya que primero, X violó el deber objetivo de cuidado de frenar cuando el semáforo anuncia la luz roja, segundo, produjo la muerte de Z por atropellamiento y tercero, se presenta una relación de determinación entre la violación del deber que se encuentra consagrado en los reglamentos de tránsito y la producción del resultado muerte. Como puede verse en la modalidad culposa o imprudente no se exige que el sujeto conozca que está cometiendo un delito y menos es necesaria su voluntad de consumarlo.

En términos del sector financiero puede decirse que se trata de una actividad de riesgo que es necesaria y útil en la vida de relación sin la cual se estancarían las relaciones comerciales, y por tanto no debe ser prohibida sino por el contrario, regulada a través de mecanismos, procedimientos, regulaciones y políticas como las que se reseñaron atrás. Producto de esto son los inmensos esfuerzos regulatorios de este sector por controlar y prevenir el flagelo del lavado de activos al impedir que las instituciones financieras sean usadas como un instrumento de legalización de las ganancias provenientes del narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de armas, la trata de

blancas, la extorsión, entre otros. Con esto, la tipificación en los Estatutos Penales del mundo y con la aplicación de políticas como CSC, DDM y CSE se reducen los riesgos del lavado de activos.

Adicionalmente, algunos ordenamientos consagraron la modalidad culposa o imprudente del lavado de activos como ya lo señalábamos. Desde el punto de vista comunitario, se encuentran el Reglamento Modelo de la CICAD con expresiones como "debiendo saber o con ignorancia intencional"; el Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos de la OEA que propugna por una regulación culposa o imprudente del lavado de activos con atención de criterios interpretativos como "el hombre medio", "la atención exigida" y "el cuidado exigido"; el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas (PNUFID) que apela locuciones como "sospechando" y "cuando habrían debido saber"; y otros a nivel local, como la Ley Patriótica de los Estados Unidos que de acuerdo con la Ley Annunzio-Wylie acogió el criterio de "ceguera voluntaria" y los Códigos Penales de Alemania, Reino Unido, Suiza, España, Cuba, Argentina y el proyecto de código en Colombia que utilizan expresiones como "no advierta por imprudencia grave"; "sospechando", "sin haber verificado con la diligencia que exijan las circunstancias"; "imprudencia grave"; "debiendo conocer o suponer racionalmente"; "temeridad o imprudencia grave", y "tenía la posibilidad de conocer" o "si por culpa", respectivamente. Todas éstas convirtiéndose en las fórmulas jurídicas consagradas en los ordenamientos para permitir la investigación por lavado de activos en la modalidad culposa o imprudente.

En ese orden de ideas, cabe mencionar que JAVIER A. ZARAGOZA AGUADO, Fiscal Antidrogas de España, señaló en el Tercer Congreso sobre Prevención y Control del Lavado de Activos realizado en Cartagena (Colombia) el año pasado, la marcada tendencia que existe por tipificar este delito en su modalidad culposa o imprudente, siendo ésta una norma dirigida al sector financiero, ya que a pesar de contar con la regulación vigente, procedimientos, controles y políticas de prevención, en el sentir del Fiscal español debe hacerse más estricta la regulación referente al blanqueo de capitales, y esto como un desarrollo de los instrumentos internacionales que regulan la materia.

Con todo, debemos decir que para el caso del sector financiero, la estructuración de una operación de lavado de activos dolosa requiere como tantas veces lo hemos dicho, que el funcionario respectivo, conozca los hechos, es decir, sepa que se trata de dineros de procedencia ilegal y además voluntariamente omita los controles establecidos para identificar este tipo de operaciones y clientes. Por el contrario, para predicar la participación de un funcionario de este sector en una operación de lavado de activos culposa o imprudente es necesario que se haya violado el deber objetivo cuidado, en otras palabras, que por negligencia se haya saltado alguno de los controles, pero además hace falta verificar la producción de un resultado típico y la respectiva relación de determinación entre éste y la violación de los deberes destinados al control y prevención de este delito, es decir, que se haya realizado la operación de lavado y que la misma haya sido permitida o facilitada por esa actitud negligente. Entonces, la utilización de fórmulas jurídicas como las que menciona-

mos atrás, rayan más en una modalidad de dolo eventual que de culpa o imprudencia, ya que exigen un conocimiento valorado de las circunstancias al sujeto, y en ese sentido, siendo este un elemento del dolo mal podría decirse que se trata de la estructuración de un delito de lavado de activos culposo o imprudente.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Esta postura que ponemos a consideración encuentra sustento en la regulación misma de la materia, ya que con esa infinidad de controles, procedimientos, manuales, capacitaciones y políticas que tiene el sector financiero para controlar y prevenir el lavado de activos es casi imposible que los funcionarios de una institución financiera que acojan y cumplan estas medidas actúen negligentemente y de ese modo se facilite una operación de lavado. Es así como una regulación en la modalidad culposa o imprudente para el lavado de activos tiene onda incidencia en el Sistema Financiero, con implicaciones como las que nos permitimos reseñar a continuación.

Primero, si bien dijimos que existen actividades de riesgo como conducir, realizar intervenciones quirúrgicas y administrar dineros del público, las mismas no pueden prohibirse, sino por el contrario, ser reguladas estableciendo para ello deberes que deben ser cumplidos por los asociados para evitar la consecución de resultados lesivos, como en nuestro caso, el desplome del orden económico y social a nivel local e internacional. Pero esto no es óbice para justificar una tipificación culposa o imprudente del lavado de activos que a la postre terminará paralizando las actividades del sector financiero.

Segundo, se está ampliando el marco de responsabilidad penal en esta materia, pues ya no es suficiente tener la intención (conocer y querer) de cometer el delito, sino que la violación de los reglamentos admitiría una investigación de carácter penal por lavado de activos culposo o imprudente. De la misma forma debe tenerse en cuenta se trata de una actividad que por su especialidad y división de trabajo implicaría que todas aquellas personas intervinientes en la cadena del negocio pueden ser llamadas a responder penalmente si por la omisión en el cumplimiento de los deberes, ya no legales sino institucionales, se efectúa una operación de lavado de activos.

Tercero, se le exige al funcionario del sector financiero (Representante Legal, Vicepresidentes, Gerentes, y los demás vinculados en la cadena del negocio), que contemple todas las opciones o variables que le permitan siquiera conocer la operación tendiente al lavado.

Cuarto, se acaba con el *principio de buena fe* que es la base de la actividad financiera, ya que la consagración de normas de ese estilo hace que los controles existentes sean insuficientes y por ende se establezcan mayores trabas al momento de empezar la relación comercial con el cliente.

Quinto, procesalmente, se invierte la carga de la prueba, tergiversando el *principio de presunción de inocencia*, que tan caro ha resultado para los ordenamientos jurídicos del mundo, al ser una garantía en las investigaciones judiciales.

Y sexto, se llega a una responsabilidad patrimonial para las personas jurídicas, ya que estas legislaciones, a más de las multas y sanciones, establecen medidas como la cancelación de las licencias de funcionamiento y otras tendientes a poner por fuera

del sector a instituciones que se vean implicadas en procesos por lavado de activos. Al respecto, vale la pena mencionar que regulaciones como la Ley Patriótica cuentan con

un "brazo largo" en su aplicación, convirtiéndose en una manifestación clara de la extraterritorialidad de la ley, generando consecuencias nocivas para las instituciones financieras.