

El error en el lavado de activos

Error in money laundering

Harold Sotelo León*

Resumen

El planteamiento del error en el delito de lavado de activos siempre será un asunto controversial, de un lado quienes le restan importancia a esta categoría a la hora de la toma de decisiones judiciales y de otro quienes claman por su reconocimiento como una garantía legal. Este escrito aborda la cuestión partiendo de un análisis previo de lo que constituye el Error en sus dos distinciones tradicionales, que son los denominados Error de Tipo y Error de Prohibición y su incidencia en el delito de lavado de activos.

Palabras claves: Error de tipo, error de prohibición, el lavado de activos, toma de decisiones judiciales, garantía legal.

Abstract

The approach of error in the crime of money laundering will always be a controversial issue, on one hand there are people who downplay this category at the time of making judicial decisions, and others who claim for recognition as a legal guarantee. This paper addresses the issue based on a previous analysis of what constitutes the error in its two traditional distinctions, which are the so-called Error of Type and Error of Prohibition finally it will value its incidence in the crime of money laundering.

Key words: Type error, prohibition error, asset laundering, judicial decision making, legal guarantee.

* Abogado Universidad Libre, con Estudios avanzados en Lavado de Activos y Extinción del Derecho de Dominio, Departamento de Justicia de Los Estados Unidos (División Criminal), Washington D.C 1.998 y Tampa -La Florida- 2.002, U.S.A, Magíster en derecho penal Universidades de Salamanca (España)- Santo Tomas (Colombia), Doctorando en Derecho Universidad Libre, Catedrático derecho penal Universidad Libre, ex jefe del área de derecho penal universidad Libre, litigante y Director del departamento derecho penal del Bufete "Azula Camacho" abogados.

1. Introducción

En el derecho penal existe una doble distinción referida al error de tipo y al error de prohibición, así desde la dogmática, como punto de partida define la diferencia entre los elementos del tipo y los de la prohibición. “La distinción entre error de tipo y error de prohibición constituye la última fase en la evolución de la teoría del error, cuyo punto de partida fue la división entre error de hecho y error de derecho, el error de hecho se consideraba jurídico-penalmente relevante mientras que el error de derecho era irrelevante, salvo el error de derecho extrapenal” (Blanco Cordero, 1997).

Según Jescheck (1993), el error consiste en “la negación del cuadro de representación exigido por el dolo”. “Vendría a ser, por tanto, la cara negativa” (Mir Puig, 1991), o “inversa del dolo” (Torio López, 1984). “El error que excluye el dolo recae sobre el componente cognitivo, de manera que la ausencia del conocimiento o el conocimiento defectuoso de algún elemento del tipo penal origina un error de tipo” (Bustos Ramírez, 1985, p. 703), “El conocimiento queda excluido, por tanto, cuando el actor, no incorpora un elemento del tipo en su representación” (Roxin, 1997). “El contenido del error está integrado, bien por una representación falsa, bien por una falta de representación de

los elementos del tipo objetivo en el autor” (Jescheck, 1993).

Usualmente se diferencian el error de tipo al de prohibición o sobre la antijuricidad porque este se presenta en los casos en que el sujeto percibe perfectamente la situación indicada en el tipo, pero desconoce que su comportamiento se encuentra prohibido. Similarmente, el error sobre la existencia o límites de una causal de justificación, llamado por la doctrina error indirecto de prohibición, debe tratarse como un error de prohibición.

Las diferentes corrientes doctrinales reconocen el error de tipo, por citar algunas, la casualista con la teoría del dolo, como la finalista con la teoría de la culpabilidad sostiene que el error de tipo ya sea vencible como invencible, excluyen el dolo, en razón que para la existencia del dolo es necesario conocer los elementos que integran el tipo objetivo. En consecuencia, cuando el error de tipo sea invencible, no se debe aplicar ninguna pena, al contrario, si el error de tipo es de naturaleza vencible se aplicará la pena estimada en grado culposo si el delito lo contempla.

Veremos a continuación su incidencia, en el delito de lavado de activos consagrado en el artículo 323 del CP, modificado por la ley 1762/2015, art. II, que estipula:

“El que adquiriera, 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 del contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte, o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes (o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito)* incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez 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.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o 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”.

* la expresión entre paréntesis fue declarada inexequible por la Corte constitucional en sentencia C-191 del 20 de abril de 2.016, M.P Alejandro Linares Cantillo”.

2. El error en el código penal colombiano

En el ordenamiento penal el artículo 32 consagra 12 causales de ausencia de responsabilidad penal, señalando

que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

“1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor 2. Se actué con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo. 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal. 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas. 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. El que exceda los límites propios de

las causales consagradas en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º. Precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible. 8. Se obre bajo insuperable coacción ajena. 9. Se obre impulsado por miedo insuperable. 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad, si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían mas benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. 11. Se obre con error invencible de la ilicitud de su conducta, si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuricidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. 12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente”.

El error está consagrado en los numerales 10º, 11 y 12 del artículo precedente, como condiciones de ausencia de responsabilidad penal en unos casos y como diminuyente de la sanción en otros casos.

En relación al error de tipo a Corte Suprema de Justicia en Casación Penal (Auto, mayo 24 de/83) sobre esta materia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Inculpabilidad por error sobre el tipo. “Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia del dolo en cuanto faltaría uno de los elementos: el conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, al aspecto cognitivo del actuar doloso. Si en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectual de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico: pero en tal hipótesis, por expresa

determinación del inciso final del numeral 4º del código penal vigente, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo lo que significa que si solamente admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabilidad”.

En lo atinente al “error de prohibición”, la Corte Constitucional mediante Sentencia 370 de mayo 14 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett igualmente ha sentado la siguiente postura:

Error de prohibición culturalmente condicionado, deber de cuidado e inimputabilidad. “...muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habrá incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos eventos esa causal de exclusión de responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a estos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad

cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena”.

El legislador claramente definió las causales de ausencia de responsabilidad penal en el art. 32 del estatuto punitivo, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han interpretado su alcance en innumerables jurisprudencias no obstante subsisten tendencias contradictorias en este sentido que no son minoritarias y terminan afectando en gran medida a quienes tienen sus derechos cobijados dentro de estas causales, específicamente las relacionadas en este estudio o sea los consagrados en los numerales 10º, 11º y 12º, que amparan explícitamente tanto al error de tipo como al error de prohibición.

Para dar vigor a lo dicho acudimos a la doctrina continental europea, fuente permanente e influyente profundamente por no decir que totalmente en nuestro derecho criollo, Muñoz Conde, al plantear el error de tipo nos indica que:

“El error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye el dolo y todo lo más cuando sea vencible deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia, cuando esté especialmente prevista esta forma

de realización del tipo. Así, por ejemplo, el que dispara contra una persona confundiéndola con un animal, no responde por homicidio doloso. Pero si por homicidio imprudente si su error se debía a una ligereza o negligencia (error vencible). El error invencible, es decir, aquel que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad, tanto a título de dolo como de imprudencia, por lo que ni siquiera puede hablarse de tipicidad penal. La determinación de la vencibilidad o invencibilidad (Evitabilidad e inevitabilidad) del error se constata con los parámetros del tipo de injusto del delito imprudente” (Muñoz Conde Francisco, 2007, p. 77).

Complementando su criterio sobre el error de tipo el profesor Muñoz Conde (2007, p. 76) plantea que, “el autor debe conocer los elementos objetivos del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se llama error de tipo”.

Ahora en lo referido al error de prohibición se puede decir que este surge no únicamente cuando el autor cree que su actuar es lícito, porque desconoce la existencia de una norma

que prohíbe su conducta, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho, porque sabe que a pesar de estar prohibida su conducta cree erróneamente que en el caso concreto se da una causal de justificación, que le permite que actúe dentro de los límites de la misma o que se dan los presupuestos objetivos. El error de prohibición puede señalar la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o también la existencia de límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, usualmente no permitida en un caso específico (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación).

Siempre el tratamiento del error de prohibición es muy controversial, desde la antigua teoría romana según la cual, la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento afortunadamente fue superada por el derecho penal moderno por ser incompatible con el principio de culpabilidad.

El art. 32 del C.P contiene entre otras causales, la regulación diferenciada de las diferentes clases de error que pueden tener relevancia en la determinación de la responsabilidad del autor en un delito.

Por ello es importante definir que conjunto de casos se deben tratar con el error de tipo y cuales, con el

error de prohibición, por ello merece la mayor atención distinguir varios planteamientos:

- “El que en una cacería confunde a otro cazador con un animal de caza actúa claramente en un error sobre un elemento esencial integrante del tipo de homicidio, es decir, del tipo objetivo de ese delito (matarse a otro), quedando excluida la imputación a título de dolo (por faltar el elemento intelectual del mismo) y viniendo todo lo más en consideración, si actuó imprudente o negligentemente, es decir, si ese error, era vencible, una responsabilidad por imprudencia (error de tipo).”
- “En el caso que el sujeto dispara contra el que cree que es su agresor sabe lo que está haciendo (un tipo de homicidio) aunque se cree amparado por una causa de justificación”, (error de prohibición). Al error sobre los límites de las causas de justificación o al error sobre la existencia de la causa de justificación misma, pues evidentemente no se trata aquí de calificar el hecho (por tanto, de elementos esenciales integrantes de la infracción penal), sino de la creencia errónea de estar obrando lícitamente, es decir de un error “sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”

(Muñoz Conde Francisco, 2007, p. 163).

En resumen:

“el error de prohibición, tanto si es directo (sobre la existencia de una norma prohibitiva) como si es indirecto (sobre la existencia de límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación), no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado.” (Muñoz Conde Francisco, 2007, p. 163).

“Al conceder relevancia al error de prohibición, el moderno Estado social y democrático de derecho, a diferencia del viejo Estado autoritario, se muestra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus perjuicios y hasta su propia concepción del derecho. Siempre que ello no suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas. La exclusión del reproche y la consecuente exención de la pena no implican, sin embargo, la de la responsabilidad civil, que corresponde a los autores y partícipes del delito”. (Muñoz Conde Francisco, 2007, p. 163).

2.1 El error de tipo en el lavado de activos

En el caso del lavado de activos del art. 323 del C.P, el error que recaiga sobre los hechos constituirá el error consagrado en el art. 32 numeral 10, cuyo tratamiento equivale al error de tipo si es invencible excluye la responsabilidad penal y si es vencible se sancionará como imprudente, así, el desconocimiento o conocimiento defectuoso de algún hecho que constituyen la norma penal, excluye el dolo y origina un error de tipo. En el lavado de activos, la exclusión del dolo puede producirse, como consecuencia de un desconocimiento o de un conocimiento defectuoso de la acción típica o del objeto material. El desconocimiento de que se realiza una acción típica de lavado de activos no plantea muchas dificultades a nivel de error.

“La cuestión relacionada al desconocimiento que recae sobre el objeto material, si es problemática esencialmente porque la norma relativa al lavado de activos utiliza elementos normativos en el tipo para describir los objetos idóneos. Para asuntos de error, las circunstancias de hecho y su incidencia social y la valoración jurídica. En caso de que se desconozcan las circunstancias de hecho y su significado social se considera que

estamos ante un error de tipo, y si el desconocimiento recae sobre la concreta valoración o subsunción jurídica, siempre que implique una creencia errónea de estar obrando lícitamente, se tratara de un error de prohibición”. (Roxin Claus 1997).

Para el estudio del error de tipo en el lavado de activos, se plantearán casos diversos, en los que puede incurrir el posible autor del lavado.

2.1.1 Representación errónea de los hechos de los que proceden los bienes

El caso más común es cuando el lavador considera que los bienes son de origen legal cuando en realidad proceden de uno de los delitos que sirven de base para la conformación del tipo correspondiente al lavado, en estos casos concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a una sanción por imprudencia.

En la doctrina española sólo Pérez Manzano (1994) ha analizado “la problemática del error que excluye el dolo (error de tipo) en el delito de blanqueo de capitales”, para nuestra legislación punitiva lavado de activos, distingue la autora dos grupos de casos, “por un lado el desconocimiento del supuesto de hecho del elemento normativo y por otro el descono-

cimiento de su significación social conforme a la valoración paralela en la esfera del profano” (Blanco Cordero, 1997). Pérez Manzano (1994) a su vez, afirma que “para el delito de blanqueo de capitales son relevantes los pormenores y circunstancias de los que el jurista deduce la calificación como delito grave”. “El desconocimiento, por tanto, de alguno de tales datos relevantes, para la calificación de los hechos como delito grave originara un error de tipo, por recaer en el supuesto de hecho de un elemento normativo” (Blanco Cordero, 1997).

Nuestra Corte suprema de justicia, se pronunció en el mismo sentido cuando planteó:

“...el lavado de activos debe demostrarse el delito origen, 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 el blanqueo, toda vez que se trata de un ingrediente normativo del tipo mencionado. (...) Si bien podría pensarse que el delito base tendría que ser cometido por los

procesados, lo cierto es que esa exigencia no esta integrada en el tipo. Basta leer de nuevo la disposición para concluir, como el delito previo puede ser acreditado al procesado por el blanqueo u a otra u otras personas, y que el punible subyacente puede ser cometido de manera mediata e inmediata” (CSJ. CAS. Penal, Sentencia Rad.23881. feb 28, 2007. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

En principio, y para los delitos relativos a las drogas, por ejemplo, sería suficiente con que tuviese conocimiento de que el hecho previo tiene relación con drogas. Al respecto, acota Pérez Manzano (1994, p. 248):

“De esta manera, ha de ser un hecho que, además de dar lugar a la intervención policial y que este sancionado con pena de cárcel, tenga relación con el tráfico de drogas. La concreta calificación jurídica se deja para un estadio posterior. “En caso de que el autor del delito de blanqueo de capitales no se represente que el delito previo tiene que ver con el tráfico de drogas, concurrirá un error de tipo. Lo mismo se podría indicar respecto de los delitos graves, de forma que, si el sujeto no se representa, que el delito previo es uno grave, incurre en error de tipo”. Concluyendo, “un error sobre

algún elemento del tipo objetivo dará lugar a un error de tipo que excluye el dolo”.

Si el error es invencible la conducta será atípica por desconocimiento de un elemento del tipo, mientras que si es vencible habrá que analizarse si es lavado de activos por imprudencia.

2.1.2 Valoración errónea de los hechos de los que proceden los bienes. El error de subsunción

El error de subsunción presenta una deficiencia en lo que la doctrina ha denominado valoración paralela en la esfera del profano y se presenta en los supuestos de hecho, en que el autor conoce las circunstancias fácticas de un elemento normativo pero se equivoca en la valoración jurídica o mejor en palabras de Jescheck (1993), “en su significado jurídico penal”, sin embargo para Luzón Peña (1996, p. 462), “este error hay que diferenciarlo de aquel que con el mismo nombre designa según algunos autores, al simple error de denominación, o calificación, que es absolutamente irrelevante”.

Precisamente hacemos referencia es al error de denominación. “Tanto en España como en Alemania es irrelevante a efectos del dolo típico que el autor piense que los bienes proceden de una modalidad delictiva

contra la propiedad cuando en realidad proceden de otra” (Pérez Manzano, 2008). Lo mismo ocurre en el “delito de blanqueo de capitales, por ejemplo, la doctrina alemana indica expresamente que los casos en los que el autor conoce las circunstancias materiales reales, y simplemente acepta erróneamente la concurrencia de un delito catalogado distinto del que efectivamente concurre, no tiene ningún efecto sobre el dolo, concurriendo en estos supuestos un error de subsunción irrelevante” (Leip, 1995).

De igual manera en “España lo mismo se puede decir de los delitos graves a que se refiere el artículo 301 C.P, pues es irrelevante que el blanqueador conociendo las circunstancias fácticas, acepte erróneamente un delito grave distinto del que efectivamente concurre. Se excluye que estos supuestos tengan alguna relevancia de cara al error de tipo” (Pérez Manzano, 1994). El error de subsunción podría presentar importancia como error de prohibición, pero para el error de tipo pierde todo vigor en nuestro asunto de estudio si el autor lava activos que proceden del delito del tráfico de estupefacientes suponiendo que provienen de una estafa no tendría ninguna relevancia como error de subsunción para excluir el dolo.

En los “Estados Unidos es irrelevante el error que recae sobre la clase de

delito del que proceden los bienes que se blanquean” (Harmon, 1998) y agrega:

“La normativa sobre el blanqueo de capitales de los Estados Unidos exige que los bienes procedan de alguna forma de actividad ilegal recogida en una lista, pero no necesariamente de que concreta actividad ilícita proceden. Por eso se dice que una persona que sabe que los bienes que transfiere proceden de otros bienes obtenidos como consecuencia de un delito, que en realidad constituye una actividad ilegal de las listadas, actúa con el requisito del conocimiento”.

O sea que el error sobre el delito de donde se derivan los bienes no excluye el conocimiento, es decir que el error de subsunción no excluye el dolo en ninguno de los casos planteados por la doctrina en tratándose del error de tipo por esta razón es irrelevante.

2.1.3 Representación falsa de las circunstancias fácticas de las que proceden los bienes, siendo así que tanto ellas como las circunstancias reales constituyen delitos graves

Para Leip (1995, p. 157): “El supuesto de hecho es aquél en el que un potencial blanqueador se representa

erróneamente hechos distintos de los reales, y tanto los hechos reales como los representados son subsumibles entre los delitos graves”. Leip plantea para estos casos dos posibles soluciones: “a) la primera, que considera una solución admisible, consiste en declarar tal error como irrelevante, pues la representación del autor se mueve dentro del ámbito de los delitos previos indicados en el tipo penal”. b) “Frente a ella, esta el punto de vista que considera que tal error es relevante”. En opinión de Leip “la relevancia del error depende del nivel de discrepancia entre el delito previo representado y el realmente realizado.

De este modo, si la discrepancia excede el nivel de lo esencial, el error es relevante. En Alemania, por la peculiaridad de su legislación que admite tres grupos diferentes de delitos previos para blanqueo, cuando el error se produzca en el marco de uno de tales grupos, será irrelevante. Ahora bien, cuando el autor se representa circunstancias fácticas no subsumibles en otro delito del mismo grupo, concluye un error de tipo que excluye el dolo. La calificación de estos dos últimos supuestos sería de delito de blanqueo en grado de tentativa respecto del delito efectivamente representado en concurso con un delito de blanqueo imprudente respecto del delito realmente cometido” (Leip 1995, p. 158).

En el derecho penal colombiano el delito de lavado de activos podría ser más viable la primera solución planteada. En la segunda solución sería un error irrelevante, pues el sujeto se imaginaria con precisión las condiciones del tipo penal del artículo 323 C.P. o sea que los bienes que lava tienen su génesis en uno de los delitos allí consagrados.

3. El error de prohibición en el lavado de activos

El error de prohibición se produce según Luzón Peña (1996, p. 462), cuando

“...el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuestos de la prohibición y, sin embargo, por un error inconsecuente tal como conocimiento y por tanto no razonable para el hombre medio ideal desde la perspectiva del derecho, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta”.

En palabras de Roxin (1997), “se produce un error de prohibición cuando el autor, pese al conocimiento total de las circunstancias del injusto, no sabe que su comportamiento no está permitido”. o como dice Jescheck (1993), “es, por tanto, un error sobre la anti-juricidad del hecho”. Forma el revés

del conocimiento de la antijuricidad, el error de prohibición se encuentra expresamente regulado en el art. 32 numeral 11 del C.P. que claramente señala ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

“11. Se obre con error invencible de la ilicitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuricidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

En este sentido para Gracia Martín (1994, p. 375) “la conciencia de la antijuricidad no es elemento del dolo, sino de la culpabilidad, y es totalmente independiente de aquel. Para apreciar el error de prohibición es preciso haber analizado previamente las categorías de tipicidad y de la antijuricidad. El hecho ya viene calificado como doloso o imprudente desde lo injusto”; el error de prohibición cuando es invencible excluye la culpabilidad o sea la responsabilidad penal y cuando es vencible dará lugar a una rebaja de la pena hasta la mitad.

4. El conocimiento de la antijuricidad en el lavado de activos

En este aspecto es importante considerar los planteamientos de Muñoz Conde y García Aran (2004), cuando señalan que:

“El conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino al contrario, un elemento principal y el que le da su razón de ser. Lógicamente, la atribución que supone la culpabilidad solo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer esta prohibido”.

Para el Profesor Roxin (1997):

“...la antijuricidad es, cuando el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido. Según eso, para la conciencia de la antijuricidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; pero, por otro lado, tampoco es necesaria según la opinión dominante, la conciencia de la punibilidad.”

Jescheck y Weigend (2003) afirman que,

“...el objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento del

precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho. Basta, por el contrario que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuricidad material, como conocimiento al modo del profano”.

Mayoritariamente se acepta que la conciencia de la antijuricidad no exige conocimiento de la punibilidad de la conducta que, equivocadamente, se cree permitida, sino que se afirma que para dar por sentada la conciencia de la antijuricidad es suficiente con que el sujeto conozca que su actuar es contrario, no necesariamente a normas penales sino a cualquier rama del derecho.

No sería válido al sujeto que está incurso en este error discutir que pensaba que contrariaba normas de carácter administrativo, civil, comercial etc., para procurar ampararse en el error de prohibición, porque si percibía que contrariaba con su comportamiento normas administrativas o de cualquier otro orden, el sujeto en últimas sabía que contrariaba el orden jurídico y por tanto no podría

ampararse en el error de prohibición en su defensa. Pero lo que el sujeto pretende es buscar un instrumento de defensa para que se le reconozca la duda de si sabía o no que contrariaba el orden jurídico, tampoco le sería favorable por cuanto la duda también elimina la opción del reconocimiento del error de prohibición a su favor.

En las condiciones actuales de las nuevas tecnologías resulta poco posible imaginarse que cualquier ciudadano, este informado de campañas de difusión del Estado para concientizar sobre los riesgos que apareja situaciones, para la comunidad, la economía y el mismo sujeto, prestar el nombre a personas inescrupulosas para permitir que se abran cuentas bancarias a su nombre o reciba giros del exterior que en últimas lo que buscan es instrumentalizarlos para realizar actos tendientes a lavar dinero, no obstante existen condiciones socioeconómicas que involucran aspectos de completo analfabetismo y pobreza donde llegan quienes hacen parte de los eslabones de la cadena de lavadores para aprovechar esas circunstancias y utilizar a estos ciudadanos para sus oscuros propósitos. Consideramos que, en dichas condiciones excepcionales, estarían amparados por el error de prohibición.

4.1 Formas de error de prohibición aplicables al delito de lavado de activos

Las razones en las que surge el error de prohibición pueden ser varias. Unos estarían en la norma penal (Error sobre la existencia de una prohibición. Error de prohibición directo) y otros pertenecerían a las autorizaciones o causas de justificación (error sobre las causas de justificación).

4.1.1 Error sobre la existencia de una prohibición

Como lo señala Roxin (1997, p. 871),

“...no es muy frecuente en el ámbito del derecho penal nuclear, pero si mas en el derecho penal especial o accesorio. Hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición no solo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuricidad sin que hubiere reflexionado nunca sobre tal posibilidad”.

Este es un error de prohibición directo en donde la falta de conciencia de la ilicitud de la conducta se produce por un total desconocimiento de la prohibición lo cual influye directamente en el tipo que prohíbe. Claramente

es un error sobre la prohibición de la conducta, y este error también puede generarse por una errónea interpretación de la prohibición que frecuentemente toma el nombre de error de subsunción directo, en el cual estarían cobijados, los asuntos sobre conciencia errónea sobre los límites del injusto, como en los casos en que el sujeto sabe de la procedencia delictiva de los bienes, pero ignora la circunstancia prohibitiva de su comportamiento. Condición esta que lo ubica en una situación muy difícil porque las reglas de la experiencia nos indican que se debe conocer la procedencia de los bienes que se adquieren y el costo que se paga por ellos debe ser razonable.

4.1.2 Error sobre las causas de justificación

Este error de prohibición indirecto surge cuando el autor presume la existencia de una causal de justificación que en realidad no esta consagrada en la ley, su conducta la cree protegida en esta falsa creencia es obvio que desconoce que su comportamiento esta prohibido. Con relación a este tipo de error y el lavado de activos no excluye el delito porque que el sujeto conoce la existencia del tipo, de donde se deduce indiciariamente que conoce la existencia de la prohibición, solo que actúa por un supuesto permiso que no consagra

la ley, pero él erróneamente cree que existe y que le ampara su conducta.

Por ejemplo, cuando el sujeto en estado de precaria situación económica considera estar inmerso en un estado de necesidad y por ende esta protegido por una causal de justificación y que esa condición le autoriza recibir así sea en pequeñas cantidades dinero proveniente del narcotráfico, en opinión de Blanco Cordero y el uso del estado de necesidad como supuesta causal de justificación.

En nuestra opinión y siguiendo a Blanco Cordero (1993, p. 416):

“...estamos ante un supuesto de error de prohibición aceptando así la teoría estricta de la culpabilidad por eso el error sobre los elementos inesenciales de la causa de justificación, cuando concurren los esenciales, ha de ser subsumido en la causa de justificación incompleta del artículo 21.I C.P, con lo que se atenúa la pena pero no queda excluido el dolo, y cuando verse sobre los elementos esenciales de la causa de justificación, en el artículo 14 número 3 del código penal”.

Esta postura del profesor español es sin duda la más favorable en estos casos. Sin embargo, encontramos en la doctrina otros planteamientos

como los de Roxin (1997, p. 890), cuando señala,

“No se puede delimitar de modo lógico el error sobre los límites de una causa de justificación (error sobre el límite de la permisión), pues quien fija los límites de una causa de justificación de manera distinta que el legislador también supone en esa medida una causa de justificación que no existe”.

Es obvio que la tesis del profesor alemán en nada favorecería al sujeto que actúa suponiendo la existencia de un estado de necesidad como causal de justificación.

4.1.3 Error sobre la validez de la norma

Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. “En él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula.” (Roxin 1997, p. 890).

Hay dos consideraciones a tratar de un lado las discusiones de la doctrina con respecto al término origen empleado en el tipo, por considerarlo contrario a la constitución y generador de inseguridad jurídica por el enorme aumento que le otorga al tipo a la procedencia de los bienes.

- De ser invencible el error excluirá la culpabilidad y si es vencible la atenuación de esta.
- De otro lado, si el sujeto considera la norma vigente y válida. Pero por motivos políticos, religiosos u otros, considera que esas normas no lo obligan o sea por objeción de conciencia, en estas condiciones no se reconoce ningún tipo de error y el sujeto será responsable de su conducta.

5. Conclusiones

En cualquier trabajo que se desarrollen actividades económicas o comerciales de cualquier índole la importancia del "Error" tanto de prohibición como de tipo surge a la hora de plantearse el origen de los bienes, cuando se cree erróneamente que proceden de actividades lícitas y en verdad tienen origen ilícito.

Se plantea "el error de tipo" en la conducta punible de lavado de activos cuando existe en el autor la suposición errónea de la procedencia lícita del bien cuando realmente son de origen ilícito, ello es así porque afecta directamente los elementos que integran el tipo.

El error de prohibición en el punible de lavado de activos surge de diferentes maneras; el error sobre la existencia de una prohibición, en los casos en que el autor a pesar de conocer la procedencia ilícita del bien, ignora el ámbito prohibido de su conducta, pues estima en su percepción que la responsabilidad es del autor del delito principal: supuesto donde se podría considerar lo que la doctrina denomina ausencia de conciencia de la antijuricidad, porque el agente actúa creyendo que su conducta no es antijurídica.

El Error de prohibición en el lavado de activos, surge también cuando existe error en los supuestos objetivos de una causa de justificación y este se plantea cuando el autor cree erróneamente que esta cobijado porque concurre la situación objetiva de justificación, caso que la doctrina denomina error sobre las causas de justificación.

Finalmente en el error de prohibición por validez de la norma en el lavado de activos se plantea en los casos de interpretación donde el autor conoce la norma que prohíbe pero considera que no es válida, porque en su criterio considera que infringe una norma superior, por ejemplo la constitución política.

Bibliografía

- Blanco Cordero, I. (1997). El delito de blanqueo de capitales. Editorial Aranzandi, S.A
- Bustos Ramírez, J.J (1985). *El tratamiento del error en la reforma de 1.983: art. 6 bis. A*. Anuario de derecho penal y ciencias penales (3).
- Cobo Gómez De Linares, M. (1987). Pre-supuestos del error sobre la prohibición. Madrid.
- Corte Constitucional, Sent. 370, mayo 14 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Suprema De Justicia, Cas. Penal Auto, mayo 24 de /83.
- Corte Suprema De Justicia, Cas. Penal, Sent. feb 28/2007. Rad.23881. M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Gracia Martín (1994). *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)*. Actualidad Penal, (18).
- Harmon (1998). *United States laws Money Laundering: international implications*. New York Law School Journal of International and Comparative Law, vol. 9 núm. 1.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal parte general* (traducción, Manzanares Samaniego). Granada.
- Jescheck, H, Weigend, T. (2003). *Tratado de derecho penal parte general. Parte general*. Traductor Olmedo Cardenete, Miguel. Editorial Comares. Granada.
- Leip, C (1995). *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, "El delito penal de lavado de dinero sobre la interpretación del § 261 StGB. Verlag Arno Spitz, Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin, Baden-Baden.
- Luzón Peña, D. (1996). *Curso de derecho penal parte general*. Madrid.
- Luzón Peña, D. (1989). "El error sobre las causas de justificación: algunas precisiones. Comentarios al STS 10 de mayo de 1989", en la ley, núm. 3
- Luzón Peña, Diego Manuel (1996). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Editorial: Universitas, Madrid.
- Luzón Peña / Mir Puig (1995). *Error de tipo y error de prohibición*. EJB II, Madrid.
- Mir Puig Santiago (1991) *El error como causa de exclusión del injusto/y o de la culpabilidad en el derecho español*. Editorial La ley.
- Muñoz Conde, F. (2007). *Teoría General del delito*. Tirant lo Blanch libros. Valencia, España.
- Muñoz Conde, F., García Aran, M (2004). *Derecho penal parte general*. Valencia, España.
- Olaizola Nogales, I. (2007). El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. La ley, Madrid, España.

- Pérez Manzano, M. (2008). *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales*. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario.
- Pérez Manzano, M. (1994). *El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero” en cuadernos de derecho judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero, normativa comunitaria*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, España.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal general*, Civitas.
- Torio López (1984). Tipo, error de tipo y de prohibición crítica de la reforma penal. En A. Beristain, A. *Reformas penales en el mundo de hoy*. Madrid, España.