



**LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS A
TRAVÉS DE CRIPTOMONEDAS**

Deiner Jair Arias Martínez

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Medellín
2020



LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS A
TRAVÉS DE CRIPTOMONEDAS

DEINER JAIR ARIAS MARTÍNEZ

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho

Asesor

Andrés Felipe Duque Pedroza

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho

Medellín

2020

Fecha: 03 de noviembre de 2020

Nombre del estudiante: Deiner Jair Arias Martínez

Nombre del asesor: Andrés Felipe Duque Pedroza

Nombre de jurado 1: Miguel Díez Rugeles

Nombre de jurado 2: Enán Enrique Arrieta Burgos

Fecha: 03 de noviembre de 2020

DEINER JAIR ARIAS MARTÍNEZ

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquiera otra universidad”.

Art. 92, parágrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.



Firma del autor:

Nombre: DEINER JAIR ARIAS MARTINEZ

La imputación objetiva en el delito de lavado de activos a través de criptomonedas

Resumen

Las criptomonedas o monedas virtuales son un nuevo fenómeno tecnológico que permite el intercambio de bienes y servicios de una forma virtual, sin la intervención de un ente regulador o banco central. De allí que las criptomonedas han logrado un alto grado de penetración en los mercados nacionales e internacionales, interviniendo en casi todo tipo de transacciones. Este fenómeno no se encuentra expresamente prohibido en la legislación penal colombiana, de lo cual, como veremos, no puede decirse su completa permisión. En el presente escrito se establece que las transacciones con monedas virtuales constituyen, para efectos penales, un riesgo jurídicamente desaprobado en aquellos casos en los que el agente comercial incumpla sus deberes de gestión y control. Esto es, su permisión o prohibición dependerá de los modelos de autorregulación (*compliance*) del agente comercial. Así las cosas, la existencia del riesgo jurídicamente desaprobado generado en las transacciones con monedas virtuales, podría constituirse como la base de la imputación objetiva en el delito de lavado de activos.

Palabras clave

Imputación, riesgo, criptomonedas, lavado de activos, derecho penal

Abstract

Cryptocurrencies or virtual currency is a new virtual phenomenon that allows the exchange of goods and services virtually, without intervention of a regulatory entity or central banking. Hence, the cryptocurrencies have achieved a greater penetration in the national and international markets, intervening in almost all kind of transactions. This phenomenon is not expressly prohibited in the Colombian criminal law, whereof, as we can see, this law cannot decide its complete permission. The present writing set up that transactions with virtual currencies, represent, for criminal purposes, a legally disapproved risk in those cases in which

marketing agent breaches with his duties to manage and control. That is, its permission or prohibition will depend the marketing agent's self-regulation models. So, the existence of the legally disapproved risk generated in transactions with virtual currencies, it could be established as the basis of objective imputation in the money laundering crime.

Key words

Imputation, risk, cryptocurrencies, money laundering, criminal law

Introducción

Es evidente que la globalización es un fenómeno que ha alcanzado esferas inimaginables. La comunicación sin fronteras ha impactado, de esta manera, también al comercio. El uso de las tecnologías de la información, de las redes de comunicación y de los datos personales, han servido para fundamentar nuevas formas de comercialización de bienes y servicios. Es en este panorama en el que aparecen las monedas virtuales. En estas, como en todo tipo de dinero, su función es representativa de liberar obligaciones. Sin embargo, en comparación con el dinero que emiten los bancos centrales y que, por ende, tiene una vinculación con una institución del Estado; las monedas virtuales se expiden y circulan sin la intervención y garantía de ningún banco central. Por ello, son transacciones que nacen y se soportan solo a través de las redes de comunicación establecidas a través de medios virtuales.

Las legislaciones han optado por regular el tema de las monedas virtuales de distinta manera: (i). algunas han optado por prohibir completamente su utilización, (ii). otras han preferido no prohibirlas expresamente, de lo cual surge la pregunta sobre los ámbitos de permisión que de ellas se deducen y (iii). otras han regulado expresamente los criterios necesarios para afirmar su permisión. Con independencia de los criterios que se asuman en cada legislación, todas son constantes en afirmar que el tráfico de monedas virtuales puede generar amplios escenarios de riesgos para bienes jurídicos penalmente tutelados, como el caso del orden económico y social.

En Colombia, no se afirma la expresa prohibición de las monedas virtuales; sin embargo, tampoco son expresos los ámbitos de regulación de los que se puedan deducir sus fronteras de permisión. Ello hace que le corresponda al operador jurídico, en cada caso, determinar los escenarios de riesgo penalmente desaprobado para estas operaciones. Bajo este horizonte justificativo este trabajo quiere encontrar aquellos criterios que fundamentan el riesgo penalmente desaprobado en el delito de lavado de activos cometido a través de las criptomonedas o monedas virtuales.

Como hipótesis de trabajo sostendremos que, con independencia de su expresa prohibición, en Colombia, es necesario que cada agente comercial se autorregule, identificando y controlando, a sí mismo, los amplios espacios de riesgo que surgen en el tránsito con monedas virtuales. Esto es: la permisión o prohibición de estos comportamientos, a título de lavado de activos, dependerá de los marcos de cumplimiento (*compliance*) que realice el sujeto que comercialice con monedas virtuales.

De allí surge la necesidad por la identificación de toda la normativa (interna y externa, directa e indirecta) que podría vincular los espacios de autorregulación del agente comercial en lo que tiene que ver con monedas virtuales. Desde esta identificación, el presente artículo pretende construir una propuesta que, por un lado, reconozca la existencia del riesgo en las transacciones con monedas virtuales y, por otro lado, establezca los procesos de verificación que deberían implementarse con miras a especificar, de mejor modo, los criterios de permisión o prohibición de estos comportamientos en Colombia. Para poder concretar el estudio servirá como base el delito de lavado de activos. Esto, pues su estructura permitiría concluir que, ante el incumplimiento de los criterios o procesos de autorregulación, se podría generar responsabilidad, como autor o participe, en el delito de lavado de activos.

Para poder demostrar la hipótesis planteada, en este escrito resultado de investigación se acogió un método analítico de tipo documental. Así, a través de un ejercicio dogmático se buscó impactar la adjudicación del derecho positivo vigente con una propuesta que resulta del análisis de los textos y teorías que constituyen nuestro estado del arte. Para el rastreo de

la información documental se acudió a bases de datos especializadas y a repositorios universitarios, privilegiando textos que fuesen resultados de investigación.

Este artículo se estructura en tres capítulos. En una primera parte, de un modo más general, se describen los ámbitos de regulación, el qué y el cómo de las monedas virtuales. En un segundo capítulo, de un modo más específico al derecho penal, se determina la relación entre la imputación objetiva, a través del concepto de riesgo jurídicamente desaprobado, y el delito de lavado activos que se puede generar a través de la utilización de monedas virtuales. En una tercera parte, de tipo propositivo, se analizará todo lo estudiado para identificar los procesos de autorregulación que deberían vincular la actividad del agente comercial que realice su actividad en el terreno de las criptomonedas.

1. Las criptomonedas: aproximación a un concepto y marco regulatorio nacional

Para comprender que es una criptomoneda hay que conocer primero su génesis. La aparición o primer antecedente conocido de las criptomonedas, también conocidas como criptodivisas o cryptoactivos, se remonta a los años 80. Surgen como una necesidad del uso de la criptografía¹ como elemento generador de un cambio social y político en el mundo, con lo cual se buscaba la descentralización del dinero. En 1998, Wei Dai, importante científico informático y criptógrafo, difundió un artículo llamado “B-Money” a través de una lista de correo electrónico llamado “cypherpunks”. En dicho artículo hacía alusión al concepto de moneda criptográfica y propuso la unión entre una moneda y la criptografía con el fin de reemplazar el control que realizaba la autoridad monetaria en la creación y la ejecución de las transacciones mediante la utilización de pruebas matemáticas que proporcionan elevados niveles de seguridad. (Dai, 1998).

¹ Criptografía, es la ciencia y arte de escribir mensajes en forma cifrada o en código (Venturini, 2020).

En el año 2008 estalla la última gran crisis económica de la historia reciente. Particularmente, la llamada crisis de las hipotecas subprime², lo cual trajo consigo la reducción de la confianza en las instituciones financieras, gobiernos y en general todos los actores responsables de la economía local y global. Las reacciones por parte de la población no se hicieron esperar, surgiendo un pánico bursátil con carácter transnacional. Los bancos de inversión sufrieron pérdidas en todo el mundo y las economías se vieron afectadas por la carencia de crédito. (Shiller, 2009). En esta coyuntura surge, a través de internet, una propuesta para crear dinero digital. La idea era crear un sistema monetario alternativo, independiente de todo gobierno e institución financiera. Así, esta fue la primera vez que se habló de criptomoneda o criptodivisa.

La inicial y más popular criptomoneda en ser utilizada fue el Bitcoin, la cual aparece mencionada en un artículo en el año 2008, publicación del paper de Satoshi Nakamoto³. Esta criptomoneda sería implementada por primera vez en el año 2009, a través de un cliente bitcoins. Desde entonces, han aparecido muchas otras criptomonedas con diferentes características y protocolos: el Litecoin, Ethereum, Ripple, Dogecoin.

Según Coinmarketcap.com⁴, para el 27 de febrero de 2020 había 5154 criptomonedas y 20,654 mercados. En esto, se evidencia una prevalencia del bitcoin sobre las demás criptomonedas de 63,9% y con un total de más de 18,2 millones de bitcoins circulando en total (CoinMarketCap.com, 2020). Puede decirse que, en la actualidad, cualquier persona con conocimientos en programación y con la tecnología necesaria para ello, puede crear una criptomoneda.

² Crisis de las *Hipotecas Subprime*, es la denominación de la crisis financiera que tuvo su inicio en septiembre de 2008, la cual se dio por desconfianza crediticia y la sobrevaloración de unos activos, en este caso inmobiliarios, los precios de la vivienda en Estados Unidos (Domínguez, s.f.).

³ Satoshi Nakamoto, es el seudónimo adoptado por una persona o un grupo de programador(es) expertos en criptografía, que creó el protocolo Bitcoin en el año 2008 y que hasta la fecha permanece en el anonimato.

⁴ *Coinmarketcap.com*, es un portal especializado en análisis y seguimiento del mercado de criptodivisas, que proporciona datos sobre más de 2000 criptomonedas en tiempo real.

Para abordar las diferentes acepciones de criptomonedas o criptodivisas, es necesario precisar que los diversos conceptos que se toman en este escrito están relacionados entre sí. Las criptomonedas, el Bitcoin, Litecoin, Ethereum entre otras monedas virtuales, tienen un mismo significado e interpretación. Así lo enuncia la primera licencia para el funcionamiento de monedas virtuales emitida por el Estado de Nueva York, “Toda unidad digital, creada u obtenida a través de cálculos matemáticos, cuyo sistema este basado en internet y sea utilizado como un medio de cambio o una forma de valor digitalmente almacenado”. (BitLicense, 2015).

Las Criptomonedas han sido definidas como dinero virtual no regulado, controlado por sus usuarios, que utiliza la criptografía de clave asimétrica⁵ para suministrar seguridad al sistema digital que les da vida (CID, 2016). Definiendo las criptomonedas de una forma más simple, podríamos decir que son un nuevo medio de pago digital y descentralizado que no depende de ningún gobierno o entidad financiera que las regule o administre. Ahora bien, a pesar de la no intervención de ningún gobierno en su regulación, algunas autoridades gubernamentales han emitido su propia definición de criptomonedas o criptodivisas, tal y como lo ha hecho la Autoridad Bancaria Europea:

Las criptomonedas constituyen una representación digital de dinero no emitido por un banco central, ni por una autoridad monetaria oficial además de estar desligada de cualquier tipo de moneda fiduciaria, pero aceptada por personas naturales o jurídicas como medio de pago y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos, y no tienen la consideración legal de moneda o dinero. (EBA, 2014).

⁵ Criptografía de clave asimétrica, Es un tipo de criptografía computacional, la cual usa un algoritmo matemático muy complejo para crear dos claves en cada extremo de la comunicación: una clave pública y una clave privada. La clave pública es visible para todos los usuarios del sistema de comunicación y la clave privada es secreta y resguardada por el propio usuario.

Inicialmente, las criptomonedas se utilizaban tan sólo como medio de inversión para obtener rentabilidad en la actividad de trading⁶ o en la compra y venta de activos e inversiones en otras divisas de curso legal. Sin embargo, los constantes avances tecnológicos y el desarrollo de los negocios digitales han permitido la penetración de las criptodivisas en casi todo tipo de transacciones virtuales y presenciales. Tanto así, que ya existen plataformas equivalentes a PayPal para el pago con bitcoins como, por ejemplo, BitPay. Esto es, plataformas que permiten que las monedas virtuales ya no sólo circunscriban su uso al comercio electrónico, sino que también puedan ser utilizadas en los comercios tradicionales, como restaurantes, mercados, etc.

La característica principal de las criptomonedas o criptodivisas que existen en la actualidad es su naturaleza descentralizada, ya que no son monedas fiduciarias o centralizadas, es decir, no son monedas de curso legal emitidas por una autoridad central. (Franco, 2014). A diferencia del dinero electrónico que se encuentra respaldado por el dinero en efectivo depositado en bancos y entidades financieras, que a su vez son respaldadas por un banco central; las monedas virtuales no son respaldadas por ningún banco nacional o central, lo cual constituye un evidente riesgo para sus usuarios. Sin embargo, esto no ha interrumpido la proliferación y uso de las monedas virtuales. Por el riesgo mencionado, cada vez son públicos más casos de estafas de inversiones en moneda virtual; pagos de extorsiones con monedas virtuales; lavado de activos a través de criptomonedas, etc. Se ha dicho que “durante el año 2019 se lograron robar al menos 4.26 mil millones de dólares solo en extorsiones directas reclamando con criptomonedas” (Perez & Ramirez Escudero, 2020). Aun así, la proliferación de estas monedas continúa en aumento, entre otras razones, por el ascenso en su valor de cotización en los últimos años.

De las 5154 criptomonedas o criptodivisas listadas por (CoinMarketCap.com, 2020) algunas fueron creadas en Latinoamérica, como el Petro (PTR) de origen Venezolano y auspiciada

⁶ El *trading* consiste en comprar o vender instrumentos financieros cotizados en bolsa, acciones, empresas, divisas o materias primas, utilizando una plataforma que nos suministra un *bróker*, y con la intención de obtener ganancias económicas (Economía de hoy.es, 2017).

por el mismo gobierno; las Argentinas JasperCoin (JAK), Voxels (VOX) Decentraland (MANA), Inbest (INBST) y BitArs; la agrocoin (AGLT) de origen Mexicano; la Chaucha (CHA) y la Luka (LUK) creadas por Chilenos; la Peruana Lekcoins (LEK); y La colombiana creada por la compañía Fenix Line Premium en el año 2018, Triskel Coins (TSK). Todas estas criptodivisas poseen diferentes características y protocolos, pero guardan la esencia explicativa que ya hemos abordado.

El bitcoin constituye la expresión más importante y representativa de lo que ha sido denominado “criptomonedas o criptoactivos”. Además de ser un hito en su creación, es el primer caso de la versión descentralizada de este género también llamado “monedas virtuales o monedas digitales” (Mora, 2015). El bitcoin es un sistema de pagos virtuales que se basa en la tecnología blockchain o cadenas de bloques. En estos no existen intermediarios y las transacciones se realizan de forma anónima, por lo que se utiliza una clave pública y una privada, lo cual le proporciona al usuario el control de las operaciones. Cada transacción se registra en un “libro blanco”⁷, de forma digital y con base criptográfica, lo cual permite verificar la validez e integridad de cada transacción. Los usuarios solo requieren de una aplicación móvil llamada wallet “billetera electrónica” donde se puede almacenar y transar con bitcoins. En este sistema no existe una administración o banco central, pues los bitcoins y sus transferencias se registran en una base de datos de carácter pública, por cuanto todos tienen acceso a ella, que se almacena en una red distribuida en todos los puntos o “nodos” de la red P2P “punto a punto”⁸.

Los bitcoins como medio de pago de bienes y servicios tienen un alto grado de aceptación en el ciberespacio y en el comercio electrónico, pero la aceptación como moneda legal y de libre circulación, se encuentra sujeta a la normatividad de cada país. Así, puede decirse que a nivel jurídico se encuentra un vacío legal en casi todos los países del mundo por la poca o

⁷ Libro blanco, se refiere a un libro contable de libre acceso para todos los usuarios, el cual se encuentra distribuido en todos los equipos, donde se registran todas las transacciones efectuadas entre los usuarios de la red y adonde se guarda la información de una forma permanente y verificable.

⁸ Red P2P o red punto a punto, hace referencia a una conexión entre pares o iguales “par - par”.

inexistente regulación sobre este tipo de moneda virtual no regulada. En algunos países el uso de los bitcoins se encuentra restringido para determinadas industrias y sectores económicos. Por ejemplo, en China está prohibido transar con bitcoins en el sector energético y minero. Por el contrario, existen países como Japón, donde se aprobaron las transacciones con las criptomonedas y su aceptación como forma de pago legal, sometiéndolas al control y vigilancia de las autoridades.

El Blockchain o cadena de bloques es un sistema contable público y distribuido, en el cual se basa toda la red bitcoin. Todos los movimientos y transacciones confirmadas se insertan en la cadena de bloques. De tal forma que las wallets o billeteras de bitcoins pueden calcular y consultar el saldo disponible y las nuevas operaciones y movimientos puedan ser verificadas, certificando que el cobro se está haciendo al cliente bitcoin que realiza el pago. La integridad, la fiabilidad y el orden cronológico de la cadena de bloques se cumple a través de la criptografía. (Asobancaria, 2017).

En igual sentido, Swan (2015), citado por (Corredor Higuera & Díaz Guzmán, 2018), sostiene que el Blockchain es un libro mayor descentralizado y transparente con los registros de transacciones una base de datos que es compartida por todos los nodos de la red, actualizada por los mineros, monitoreada por todos, y de propiedad y controlada por nadie. Se asemeja a una hoja de Excel que es asesada y actualizada en línea por todos los usuarios de la red y que sirve para verificar que todas las transacciones anónimas sean verídicas y fiables.

Grosso modo, el Blockchain o cadena de bloques es un método para registrar los datos de forma prolongada y segura. Es una especie de sistema contable que almacena de forma distribuida en varios ordenadores, ya que la información es acopiada y procesada en toda una red de servidores y nodos situados por todo el mundo. Toda la red de servidores y nodos verifican los registros digitales de las transacciones y movimientos a través de un método de

encriptación y verificación, llamado “hashing”⁹, que es lo mismo que una huella digital. Cabe destacar que estos registros no se pueden modificar o eliminar, solo se pueden agregar nuevos registros de las transacciones digitales, método que es virtualmente imposible de hackear o “piratear”.

En el sistema monetario tradicional, la emisión de moneda fiduciaria o de curso legal se realiza mediante la emisión de papel moneda por parte de una autoridad central o banco central. Por el contrario, la generación de criptomonedas se da mediante un proceso conocido como minería de criptomonedas. Este proceso consiste en la verificación y validación de transacciones en el blockchain o cadena de bloques. Los mineros verifican, validan las transacciones y actualizan el libro de contabilidad, función para la cual se requieren computadoras especializadas. A los mineros que logran escribir nuevos bloques en la cadena le son entregados como “recompensa” por su esfuerzo, una suma de dinero por su trabajo de minería. En el caso del bitcoin, por cada bloque válido encontrado, el minero recibe 12,5 bitcoins a modo de recompensa. Pago que se realiza con monedas que se encuentran en reserva y que en ese momento entran a circular en la red bitcoin (Pastorino, 2018).

El funcionamiento de cada criptomoneda depende del sistema que utiliza la cadena de bloques o el algoritmo de cada criptomoneda y de ello depende la forma de minar nuevas criptomonedas. Sin embargo, todas tienen algo en común: los mineros desempeñan la función de agentes de registro y facilitan el proceso de desencriptación. Los mineros son indispensables para conservar la estabilidad y la seguridad de la red. Las criptomonedas son finitas y a diferencia de las monedas de curso legal o fiduciaria, tienen una cantidad máxima que se puede generar o minar.

En el caso del bitcoin, la cantidad máxima y total de bitcoins que pueden existir es de 21 millones. Según BuyBitcoin Worldwide (2020), para el 27 de febrero de 2020,

⁹ *Hashing* es una función criptográfica que permite codificar datos para formar una cadena de caracteres única, que permite asegurar la autenticidad de datos, almacenar de forma segura contraseñas y la firma de documento electrónicos (Bitme Academy, s.f.).

hay 18.248.850 bitcoins en existencias. Este número cambia cada 10 minutos, cuando nuevos bloques son minados. Así, quedan 2.751.150 bitcoins restantes por minar. Según (BuyBitcoin Worldwide, 2020), al momento de escribir este artículo, hay un poco más de 57 millones de Litecoin (LTC) en stocks, al igual que 100 millones de Ether (ETH) en stocks.

En materia de regulación del uso y creación de las criptomonedas no existe uniformidad a nivel internacional, debido a que cada país tiene sus propias políticas monetarias. Esto es, cada Estado se ha encargado de acoger diferentes posturas frente a esta innovación tecnológica, tanto en el ámbito político como en el social y económico y de acuerdo a su conveniencia. De modo que existen países que han tomado la decisión de prohibir el curso legal de las criptodivisas; mientras que existen otros que la han recibido de una manera más abierta y hasta han creado marco regulatorio.

Algunos gobiernos han abordado la regulación de las criptomonedas desde diferentes enfoques: la protección del consumidor, la prevención del crimen y gravamen o el recaudo de impuestos. Según (AnalistaIG España, 2018), bróker¹⁰ N°1 de este país en mercados financieros a través de CFD¹¹, la regulación de las criptomonedas a nivel mundial, para el año 2018, se encontraba así:

Tabla 1
Regulación mundial de las criptomonedas

| Prohibición absoluta de las criptomonedas | Prohibición implícita de las criptomonedas | Normativas fiscales | Normativas contra el blanqueo de dinero y financiación del terrorismo | Ambas normativas: fiscales y contra el blanqueo de dinero y financiación del terrorismo |
|--|---|----------------------------|--|--|
| Argelia | Bahrein | Argentina | Islas Caimán | Australia |

¹⁰ *Broker*, es la persona que realiza la intermediación entre vendedores y compradores de monedas virtuales.

¹¹ CFD, llamados contratos por diferencia, son instrumentos que no cotizan en mercados organizados y que permiten invertir en mercados accionarios y de divisas sin tener que adquirir los activos subyacentes como las criptomonedas.

| | | | | |
|-----------------|------------------------|-------------|-----------------|-----------|
| Bolivia | Bangladesh | Austria | Costa Rica | Dinamarca |
| Egipto | China | Bulgaria | República Checa | Japón |
| Irak | Colombia | Finlandia | Estonia | Suiza |
| Argelia | Bahrein | Argentina | Islas Caimán | Australia |
| Bolivia | Bangladesh | Austria | Costa Rica | Dinamarca |
| Egipto | China | Bulgaria | República Checa | Japón |
| Irak | Colombia ¹² | Finlandia | Estonia | Suiza |
| Marruecos | República Dominicana | Islandia | Gibraltar | |
| Nepal | Indonesia | Israel | Hong Kong | |
| Pakistán | Irán | Italia | Isla de Man | |
| Emiratos Árabes | Kuwait | Noruega | Jersey | |
| Unidos | Lesoto | Polonia | Letonia | |
| | Lituania | Rumanía | Liechtenstein | |
| | Macao | Rusia | Luxemburgo | |
| | Omán | Eslovaquia | Singapur | |
| | Qatar | Sudáfrica | | |
| | Arabia Saudí | España | | |
| | Taiwán | Suecia | | |
| | | Reino Unido | | |

Fuente: recuperado del portal IG España: <https://www.ig.com/esp>. Mayo de 2020.

En materia de regulación de minería, transacción y uso de criptomonedas en Colombia, existen diversos aspectos que lo obstaculizan. En primera medida, no son monedas de curso legal o monedas fiduciarias emitidas por el Banco de la República, por lo que carecen de cualquier respaldo monetario por parte del emisor. Lo anterior, sumado a las alertas realizadas por Superintendencia Financiera (tema que será profundizado más adelante), aunado a lo estipulado por la Constitución Colombiana en sus artículos 150, 189, 371 y 372, donde se fijan, entre otras, las responsabilidades del legislativo, el ejecutivo y el emisor

¹² Si bien Analista del portal IG España, sitúa a Colombia en la tabla 1, como un país con prohibición implícita de las criptomonedas, ello no es del todo cierto. Lo que ocurre, como se demostrará en este artículo, es que no hay permisión o soporte para este tipo de dinero virtual por parte del banco central, lo que hace que, como se demostrará en la tesis, existan ámbitos de prohibición y ámbitos de permisión penal de los comportamientos.

respecto a las políticas monetarias, se establece que la única moneda de curso legal en el país es el peso. Así, la circulación de esta moneda es controlada por el Banco de la República con las denominaciones en monedas y billetes que actualmente se encuentren vigentes. (Torres Largo , Verdugo Fernández , & Mosquera Palacios , 2019).

El Banco de la República, en 2014, emitió un comunicado respecto al Bitcoin, donde informa que:

La única unidad monetaria y de cuenta en Colombia es el peso (billetes y monedas) emitido por el Banco de la República; El bitcoin no es una moneda en Colombia y, por lo tanto, no constituye un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado. No existe entonces obligatoriedad de recibirlo como medio de cumplimiento de las obligaciones por lo que el bitcoin tampoco es un activo que pueda ser considerado una divisa debido a que no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países. En consecuencia, no puede utilizarse para el pago de las operaciones de qué trata el Régimen Cambiario expedido por la Junta Directiva del Banco de la República. (Banrepublica, 2014).

Asimismo, la Superintendencia Financiera de Colombia ha alertado sobre los potenciales riesgos del uso de las criptomonedas, tal y como se evidencia en la siguiente circular:

Esta Superintendencia mediante la expedición de las Cartas Circulares 29 de 2014 y 78 de 2016 ha venido alertando acerca de los riesgos potenciales asociados a las operaciones que se realizan con las denominadas “Monedas Electrónicas- Criptomonedas o Monedas Virtuales”. (Superfinanciera, 2017, pág. 1).

Las Superfinanciera, desde el año 2014, ha venido generando algunas alertas y recomendaciones en concordancia con el Banco de la República en las que se insiste que este tipo de dinero virtual no regulado no es considerado como moneda legal en Colombia y, por lo tanto, no constituyen un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado. En consecuencia, no existe obligatoriedad de transar con este tipo de monedas digitales como

medio de cumplimiento de los compromisos financieros y obligaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por la superintendencia financiera de Colombia. (Superfinanciera, 2017, pág. 2).

Referente a normas y conceptos en materia tributaria, la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales (DIAN) en el Concepto No. 20436 de 2017, indicó que la actividad de minería de criptomonedas se encuentra gravada a través del impuesto a la renta, ya que la validación de transacciones y la generación de nuevos bloques para la red de criptomonedas requiere de una gran inversión tanto en equipos como en energía eléctrica, permitiendo la obtención de un bien que supone el registro de información digital, a la que se le atribuye valor por consenso, entre los participantes de la red, motivo por el cual las ganancias producto de minería en criptomonedas, deben ser declaradas en renta. (Martínez, 2019).

Por otro lado, la Ley de Financiamiento en su versión 2.0 (Ley 2010 de 2019), en su artículo 91, reglamentó de forma indirecta las criptomonedas, ya que incluyó a las empresas de tecnología, como una forma de emprendimiento e innovación dentro de las empresas de economía naranja involucradas con el desarrollo de industrias de valor agregado tecnológico, y actividades creativas, por lo cual, tienen un incentivo tributario libre de renta por un término de siete años. Por lo que las empresas que desarrollen actividades de minería de criptomonedas, podrían cobijarse de este beneficio (Ley 2010 de 2019. Arti 91).

Explicado cómo está el concepto y contexto nacional regulatorio de las criptomonedas, nos corresponde ahora relacionar las conclusiones que de aquí surgen con la teoría de la imputación objetiva en materia penal. Es decir, en el capítulo que sigue demostraremos los puntos de irrigación mutua entre algunos criterios que emanan de la teoría de la imputación objetiva y los ámbitos de permisión y prohibición de transacciones y operaciones mediante criptomonedas. Todo será estudiado de cara a la descripción penal propia para el lavado de activos.

2. La imputación objetiva en materia penal: la aparición del criterio del riesgo en las criptomonedas y su relación con el delito de lavado de activos

Es pertinente precisar que la creación, utilización y/o transacciones realizadas con criptomonedas, no son consideradas como conductas ilícitas en nuestro ordenamiento jurídico; pero las características de este tipo de dinero virtual no regulado sí representan un riesgo, tanto para sus usuarios como para el sistema financiero colombiano. Este riesgo, además, visto desde otra perspectiva, confiere a los trasgresores del derecho penal la posibilidad de dar una apariencia de origen legítimo o lícito a dineros o propiedades que, en realidad, son producto de conductas delictivas. Es por ello que en este capítulo abordaremos la institución del riesgo en la imputación objetiva y su impacto en el delito de lavado de activos a través de criptomonedas; Hay que precisar que no estamos en la presencia de riesgos materiales propios del siglo XX, derivados de delitos físicos o “analógicos”, sino de verdaderos peligros generados por la virtualidad empleada por los cibercriminales en el marco de una realidad simulada como el ciberespacio, para adquirir nuevos mercados delictivos como el de las criptodivisas, rutas criminales y adquirir poder político y económico (Posada Maya, 2018, pág. 232).

Para abordar la teoría de la imputación objetiva se debe conocer primero la definición de la palabra imputación. Según el diccionario de la Real Academia Española, se define la imputación como la acción y efecto de imputar, que a su vez refiere a la acción de atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable. Esta definición, sin embargo, para este trabajo, resulta ser exigua, ya que nuestro interés es estudiar la imputación objetiva en un sentido mucho más específico: el propio del derecho penal.

En este sentido, aunque el concepto de imputación objetiva se lo debemos a Karl Larenz, el primero en introducir el término ‘*imputatio*’ como expresión técnica en la ciencia del derecho fue el filósofo del derecho natural Samuel Pufendorf. El concepto de Larenz se encuentra conectando tanto con la distinción común hasta el siglo XVIII entre *imputatio facti e imputatio iuris* como con la doctrina finalista de la acción de Hegel, formulada poco tiempo

después por Hans Welzel. Larenz sustenta la categoría de la imputación objetiva en una teoría de la acción. Luego, aparecen otros autores como Richard Honig, quien contrariamente a Larenz busca “derivar el concepto de imputación objetiva prescindiendo de toda concepción filosófica, a partir de los principios generalmente reconocidos de la teoría general del Derecho” y Roxin, el cual elimina de todo vestigio ontológico la teoría de la imputación objetiva, hasta llegar a Günther Jakobs, quién desarrolla los conceptos fundamentales relacionados con la teoría de la adecuación social de Welzel (Haas, 2016, pág. 3).

Se denomina imputación objetiva a aquella proposición que demarca la responsabilidad penal a un resultado y que sirve para subsumir el hecho en el tipo objetivo. Es el elemento central de las corrientes jurídico-penales denominada funcionalistas, que buscan establecer un sistema de imputación penal libre del contenido naturalístico propio de las corrientes causalistas y finalistas. Se trata, por tanto, de un concepto edificado, con mayor profundidad, en corrientes teóricas con marcado carácter social, propensas a la normativización de todos los conceptos fundamentales de la dogmática penal. Así, la imputación objetiva es la atribución de una acción a un resultado, cuando esta acción crea un peligro no permitido o jurídicamente desaprobado, siendo dicho resultado consecuencia lógica del riesgo creado, es decir, debe haber una relación directa entre el resultado típico y la acción que crea el riesgo jurídicamente desaprobado (Dal Dosso, 2011).

En la teoría de la imputación objetiva existen dos grandes posturas de necesario estudio. Por un lado, a partir de los planteamientos de Claus Roxin y, por otro, desde los planteamientos de Günther Jakobs. Ambos sistemas son conocidos, respectivamente, como “sistema racional-final o normativismo moderado” y “funcionalismo sistémico o normativismo radical” (Quispe, 2018).

Ahora, si quiere encontrarse el aspecto común entre ambas escuelas teóricas, podríamos identificarlo en el concepto de riesgo permitido/prohibido. Esto es, digamos, desde ya, que el aspecto central en toda teoría de la imputación objetiva viene dado por determinar cuál o cuáles son los riesgos tolerados y prohibidos en una sociedad, y los criterios normativos con

los que así se califican. Solo puede imputarse objetivamente una conducta si, previamente, ha generado un riesgo penalmente desaprobado.

Para Roxin (1997), la imputación al tipo objetivo se origina conforme a dos criterios sucesivamente estructurados así:

- a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.
- b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero, no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

Para Roxin, la imputación objetiva presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. Por ello es que esta teoría imposibilita la imputación del resultado cuando el agente con su conducta aminora el riesgo, o no lo ha aumentado de manera jurídicamente considerable o cuando se ha actuado dentro del riesgo permitido. (Roxin, 1997).

Así mismo, este autor, dentro de la creación de un riesgo no permitido desarrolla varios criterios y determina en qué casos procede la exclusión de la imputación al tipo: a) La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo; b) La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro; c). En igual sentido estipula dentro de la realización del riesgo no permitido en qué casos se considera excluida la imputación: a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro; b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido; c) La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. (Roxin, 1997).

Desde otra perspectiva, la imputación objetiva para Günther Jakobs parte del entendimiento de la sociedad construida a partir de los roles y las expectativas que de ellos se generan. Por tal razón, concibe a la imputación objetiva como la encargada de constatar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo, para lo que divide su estudio en dos niveles. Nivel de la acción (imputación objetiva del comportamiento como típico) y el nivel de resultado (imputación objetiva del resultado) (Jakobs, 1997).

Jakobs considera que el primer nivel de la imputación objetiva, o nivel de la acción (imputación objetiva del comportamiento como típico), es un nivel completamente vinculado a su concepto normativo de sociedad, el cual desarrolla a través de cuatro instituciones dogmáticas:

- a) El riesgo permitido: Para Jakobs el riesgo es inherente al hombre en sociedad, ya que cualquier interacción social trae consigo un riesgo, un riesgo latente en todos los ámbitos de la vida, el cual, hace parte del margen de libertad de actuación de cada persona, en otras palabras, es una ponderación de costos y beneficios en la ejecución de una determinada conducta, para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. El riesgo permitido excluye el tipo y el riesgo deja de ser permitido o pasa a ser riesgo no permitido cuando el propio derecho lo define como no permitido por su peligrosidad concreta o abstracta. Por consiguiente, en el ámbito de lo regulado por el Derecho no existe un grado fijo de permisión general para llevar a cabo puestas en peligro, sino que la permisión está vinculada a la configuración del comportamiento. No obstante, que las normas establezcan que comportamientos se encuentran prohibidos, esto no faculta a presumir que lo no excluido está permitido de forma absoluta (Jakobs, 1997).

En materia de conocimientos especiales, Jakobs zanja la discusión afirmando que a un rol ordinario le atañen solamente conocimientos ordinarios y no especiales, mientras el agente realice un comportamiento socialmente adecuado o no quebrante el rol donde se mueve, no estaría sobrepasando el riesgo permitido. La situación cambiaría si el agente introduce por

iniciativa propia, esos conocimientos especiales, en cuyo caso quedan incorporados a su rol y perderían la cualidad de conocimientos especiales. Esto se da cuando el autor por sus conocimientos especiales asume el manejo de un escenario de riesgo y lo desvía hacia otras personas, lo que lo haría responsable de las consecuencias (Jakobs, 1997).

- b) Principio de confianza: Este criterio parte del reconocimiento de una pluralidad de intervinientes en una actividad generadora de peligro. Así, para Jakobs, el principio de confianza se materializa cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza y se confía en el correcto comportamiento de los demás, confianza que involucra un connatural riesgo permitido, ya que no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás. Este se manifiesta en todos los ámbitos de la vida, puesto que en casi todas partes se encuentra el reparto de tareas o división del trabajo. El Límite del principio de confianza es la posición de garante. Así como la existencia de elementos que hagan pensar de manera inequívoca que el tercero no se comportará de acuerdo a su rol (Jakobs, 1997).

- c) Prohibición de regreso: Este ámbito de la imputación objetiva va dirigido al contenido de la acción, encaminado a la observancia de los roles. Para Jakobs, la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento la desobediencia o infracción de un rol. La prohibición de regreso permite limitar el ámbito de la participación punible con base a criterios objetivo-normativos, ya que se trata de eventos en los que el sujeto activo encarrila hacia lo punible, la conducta estereotipada de un tercero que no tiene carácter delictivo, un tercero ceñido a su propio rol. Aunque el tercero esté capacitado física y psíquicamente para impedir el curso lesivo y con la sola decisión hubiera alcanzado para evitarlo y no lo evitó, mientras se mantenga dentro de su rol opera la prohibición de regreso, ya que sólo responde quien incumple su rol de ciudadano que actúa en derecho. Los Límites de la prohibición de regreso son la posición de garante y la instrumentalización del rol a favor del delito (Jakobs, 1997).

d) Competencia de la víctima: Es una institución basada en el principio de autoprotección. Jakobs plantea que existen casos donde el actuar de la víctima la hace merecedora de la imputación del resultado lesivo, eventos en los que la explicación no es la "desgracia", sino la "lesión de un deber de autoprotección" o inclusive la "propia voluntad". Es por ello que en este acápite Jakobs busca normativizar la incidencia de la conducta de la víctima dentro de la esfera de la imputación objetiva, congregando las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad bajo el rotulo de "acción a propio riesgo". Institución planteada para los casos en que el titular de un bien jurídico emprende conjuntamente con un tercero una actividad riesgosa que termina lesionando dicho bien jurídico; donde se le permite al titular el usufructo de sus bienes como lo crea conveniente, hasta llegar el punto de ponerlos en peligro, pero a la vez, lo responsabiliza de los daños que puedan resultar de esa actividad riesgosa. Al igual que el sujeto activo no puede actuar de forma arriesgada y quebrantar imprudentemente su rol sin que haya una consecuencia por su actuar lesivo, tampoco el sujeto pasivo de la acción puede embarcarse en un contacto social riesgoso, sin someterse a las consecuencias que acordes a un pronóstico objetivo son previsibles (Jakobs, 1997).

En el segundo nivel de la imputación objetiva, o nivel de resultado (imputación objetiva del resultado), Jakobs propone que, en el ámbito de los delitos de resultado, el resultado producido queda explicado intrínsecamente por el comportamiento objetivamente imputable. Ya que puede suceder el caso en que un determinado daño, a causa de la compensación de riesgos, pueda ser explicado no a través del riesgo no permitido, sino como una simple consecuencia del riesgo de vivir, a lo que llamó realización de riesgos (Jakobs, 1997).

La teoría de la imputación objetiva es un elemento normativo del tipo, que además de servir como vínculo entre la acción y el resultado típico, sirve para establecer cuándo estamos frente a una acción penalmente relevante, ya que a través de los criterios del aumento del riesgo y

del quebrantamiento de los roles, se busca determinar el injusto y la atribución de un resultado a la conducta del autor.

Como se ha visto, con independencia de las teorías que se asuman, el riesgo es el eje central en el que gira la teoría de la imputación objetiva, donde se debe establecer si estamos frente a un riesgo permitido o un riesgo jurídicamente desaprobado, ya que esta teoría exige verificar que el comportamiento haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado típico.

Se trata, asimismo, del concepto que rodea nuestra pregunta de investigación. La determinación de una conducta como riesgo jurídicamente desaprobado no parte, en todos los casos, de la expresa prohibición. Por supuesto que cuando la conducta supone una prohibición concreta, nos encontramos ante un escenario de riesgo desaprobado. Sin embargo, los casos más complejos son aquellos en los que, si bien no existe expresa prohibición, es posible deducir de cierto comportamiento una desaprobación para el derecho penal. Son estos los casos más problemáticos para la imputación objetiva y, a su vez, es el caso que representa nuestro trabajo de investigación.

Para responder este interrogante, debemos reiterar que el concepto de riesgo es una construcción puramente normativa. No toda acción arriesgada comunicaría un sentido de prohibición al sistema en que se incorpora (Posada Maya, 2018). De allí que le corresponde al operador jurídico, en todos los casos, determinar los marcos concretos de prohibición de ciertos comportamientos, aun cuando estos, vistos de forma abstracta no reporten ilicitud penal. Es, en este sentido, donde aceptamos que los planteamientos del profesor Jakobs pueden ser más ilustrativos para determinar los ámbitos de permisión o no de comportamientos. Es decir, la valoración del riesgo penal requerirá, previamente, la determinación del rol y las expectativas de quien realizó el comportamiento. Desde el rol es posible identificar qué se espera y qué no se espera (ámbitos de competencia específicos) del agente. En materia penal el concepto de rol es determinante a la hora de delimitar las competencias del actor. Ya que solo se responde hasta donde el rol lo permite. Así las

cosas, el ostentar un determinado rol hace a un sujeto portador de derechos y deberes (Duque Pedroza, 2018). El establecimiento del riesgo penalmente desaprobado es la constatación de la defraudación de la competencia concreta del autor, vista desde un particular ámbito situacional. Con este criterio se pueden resolver aquellos casos difíciles en los que, pese a no existir prohibición del comportamiento, su realización supera el margen de la permisión que otorga el derecho.

Son comunes, en este punto, los casos que desde el derecho económico surgen. Piénsese en transacciones lícitas realizadas por los trader y agentes económicos, pero que, desde su contexto situacional, pueden suponer actos de favorecimiento o ayuda en injustos delictivos ajenos, aun cuando frente a estos últimos¹³ no exista acuerdo para su realización¹³. En estos casos, sería posible afirmar que es necesario institucionalizar ciertos deberes de los trader y de los agentes económicos al momento de realizar operaciones económicas, pues en el fondo de todo se encuentra la siguiente idea: de su solo rol como operador del tráfico económico siempre hay riesgos inherentes que deben generar deberes de control o supervisión para todos los intervinientes. Ahora, esta idea (la del riesgo basado en el rol social) requerirá de unos limitantes para que la ampliación de la responsabilidad penal no se haga al máximo. Esto, pues es evidente que en toda actuación humana hay riesgos. Los limitantes los establece la delimitación concreta del rol frente al cual surgen dos deberes. No todos deben responder de todo o, lo que es lo mismo, no todos tenemos posición de garante frente a todo. Por ej: el comerciante de bienes raíces tiene el deber (por su rol) de evitar pagos en efectivo. Si bien su incumplimiento no genera, per se, responsabilidad penal, su no cumplimiento sí puede ser considerado un riesgo jurídicamente desaprobado.

¹³ Es el caso, por ejemplo, de las denominadas conductas neutrales en derecho, de modo que desde ellas se puedan determinar espacios de prohibición penal a título de complicidad en injustos ajenos. Para un mayor detalle de esta figura, pueden consultarse los textos del profesor Ricardo Robles Planas (2003; 2008).

Por ello, explicado como está, dedicaremos el tercer capítulo de este escrito a indagar por los deberes de los trader de criptomonedas¹⁴ en las transacciones con monedas virtuales. A partir de sus roles en el sistema económico y al margen de la no prohibición expresa, podríamos determinar si el incumplimiento de ciertos deberes podría considerarse como una conducta propia de un riesgo penalmente desaprobado.

Para llegar a este punto y continuando con los análisis desde la imputación objetiva, es necesario ahora preguntarnos por el desarrollo e implementación de dicha teoría en la jurisprudencia y legislación colombiana.

En materia de fuentes formales del derecho colombiano, la fuente normativa de la imputación objetiva es la Ley 599 de 2000, a través de los artículos 9 y 25. Sin duda, el artículo 9 es la manifestación más clara de la recepción de los fundamentos de imputación en el Código. Establece este enunciado que la causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado. Por su parte, en el artículo 25 se establece que la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión, estableciendo de igual forma este apartado en qué casos existen deberes de garantías que convierten al sujeto activo en garante, demarcando, así, otros deberes jurídicos que pueden generar dicha posición de garante ante una determinada fuente de riesgo.

En materia de jurisprudencia, las decisiones con mayor relevancia de la teoría de la imputación objetiva han sido emanadas de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en su Sala de Casación Penal. En ellas se puede vislumbrar una línea jurisprudencial que ha venido planteando la sustitución del elemento “infracción del deber objetivo de cuidado” por la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” o el “incremento del riesgo permitido”.

¹⁴ Trader de criptomonedas: Es todo aquel inversor o especulador que opera en los mercados financieros y se especializa en el trading de criptodivisas. Lo hace en plataformas de trading para aprovechar las variaciones de precios.

En sentencia con radicado 49680, de abril 25 de 2018, la Corte Suprema de Justicia, establece en qué situaciones no hay lugar a la imputación como elemento integrante del tipo objetivo y, por tanto, no habrá tipicidad como categoría dogmática de la entidad delictiva, puesto que para que un resultado pueda ser imputado a un agente o sujeto “activo”, éste ha debido crear un riesgo jurídicamente desaprobado a través de una actividad lesiva o circunstancia riesgosa, cuyo final sea una consecuencia.

En sentencia con radicado 41245, de junio 29 de 2016, la Corte Suprema de Justicia, considera los elementos necesarios para que exista el juicio de imputación objetiva, expresando que “...la teoría de la imputación objetiva enseña que para que un resultado pueda ser atribuido a un agente, este ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado, y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico. Esta teoría, desarrollado en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, viene a replantear aquellas tesis que fundan el concepto de autoría exclusivamente en la causalidad, esto es, el vínculo o enlace entre acción y resultado”.

En sentencia con radicado 30126, de julio 31 de 2014, el Consejo de Estado, instauro como postulado general que “...todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido, no pueden dar lugar a un reproche jurídico de ninguna naturaleza, aún en el caso de que generen lesiones a particulares; por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija no sólo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también toleradas pero que han sido ejecutadas sin observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo”. A establecer que bajo el régimen de la responsabilidad objetiva.

En sentencia con radicado 52750, de agosto 06 de 2019, la Corte Suprema de Justicia, establece cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, afirmando que “ No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”, que por lo tanto no está prohibida por el

ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización. Y se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”.

En sentencia con radicado 34317 de septiembre 28 de 2011, la Corte Suprema de Justicia aseveró que no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, pero a través de la doctrina y la jurisprudencia se ha logrado determinar que el autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido”.

En este segmento de la discusión es preciso relacionar los conceptos desarrollados en la teoría de la imputación objetiva con el delito de lavado de activos, ya que la seguridad y la naturaleza descentralizada y no regulada de las criptomonedas, puede generar un comportamiento objetivamente imputable en este caso. Esto es, para poder determinar, en nuestro tercer capítulo, si, de cara al tipo penal de lavado de activos, será o no un riesgo penalmente desaprobado (no por ello también delictivo), la realización de transacciones mediante el uso de las criptomonedas, es necesario dejar algunas bases sobre el entendimiento de los elementos de la prohibición propia para el blanqueo de capitales o lavado de activos.

Para nadie es un secreto que la parte más difícil de actuar por fuera del marco de la ley es el usufructo del producto del ilícito, para el delincuente y para las organizaciones criminales esta parte termina siendo la más tortuosa del delito, ya que se trata de infractores de la ley que buscan dar apariencia de legalidad a los recursos obtenidos a partir de sus actividades

ilícitas. Para esto, buscan utilizar los diferentes sectores de la economía y personas dispuestas a ocultar tales recursos y a encubrir el origen de dichos dineros, los cuales deben ingresar a la economía formal para que al delincuente se le facilite utilizarlos y así eludir la acción estatal.

En Colombia, se ha estimado que, anualmente, pueden “lavarse” hasta siete billones de pesos. Según la UIAF en el año 2017, se detectaron operaciones financieras con origen ilícito por valor de \$18.7 billones de pesos (Unidad De Información Y Análisis Financiero – UIAF, 2018). Según las autoridades estadounidenses, los fondos ilícitos en Colombia se lavan con mayor frecuencia a través del contrabando de efectivo, transacciones de bienes raíces, transferencias bancarias, remesas, casinos, juegos y loterías, ganado, minería ilegal, tarjetas de débito prepagadas, y criptomonedas (Infolaft, 2019).

El delito de lavado de activos, como tipo penal autónomo, nace con la Ley 190 de 1995, conocida, en su momento, como el Estatuto Anticorrupción, la cual modificó el delito de encubrimiento por receptación en el Código Penal de 1980 (art. 177) para darle cabida al lavado de activos como delito autónomo. Posteriormente, con la aprobación de la Ley 365 de 1997, se crea en el Código Penal de 1980, el capítulo tercero del título séptimo, que se denomina “Del lavado de activos”. En él cual se adicionan los siguientes artículos: 247A. Lavado de Activos; 247B. Omisión de Control; 247C. Circunstancias específicas de agravación punitiva; 247D. Imposición de Penas Accesorias. Con la promulgación del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), se han adicionado nuevos verbos rectores y se han creado delitos subyacentes con las Leyes (747 de 2000; 1121 de 2006, 1453 de 2011 y 1762 de 2015), pero se mantiene en su mayoría la redacción de las normas sobre el lavado de activos (Hernández Quintero, 2009).

Si bien son ya varios los años de la consagración legal del lavado de activos en Colombia, puede decirse, tal y como lo afirman Renato Vargas y Carmen Ruiz, que aún hay ausencia de un propósito político criminal en lo que tiene que ver con la consagración legal este delito en Colombia, unido al déficit de técnica legislativa que ha acompañado a la regulación penal

(Vargas Lozano & Ruiz López, 2017). Esto, pues, lastimosamente, aún sigue siendo mucha la indeterminación de los delitos base o fuente en el lavado de activos: aquellos de los que surgen los productos delictivos sobre los que se realizan las conductas propias de blanqueo. Esta situación sobresale al verificar que el tipo penal de lavado de activos permite, como delito fuente, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Esto, pues el enriquecimiento ilícito criminaliza el incremento patrimonial no justificado producto de cualquier tipo de actividad delictiva, lo que hace que, en últimas, cualquier delito podría ser fuente o base del delito de lavado de activos. Esta afirmación tiene una importancia trascendental en el presente trabajo investigativo pues reafirma la justificación de nuestra hipótesis: incluso en actividades que no tengan expresa prohibición, pero de las que se deduzca su realización la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado, podría generarse responsabilidad penal a título de lavado de activos, como se explicará en el último de los capítulos.

Desde esta perspectiva, puede decirse que son numerosos los conceptos que se conocen sobre el lavado de activos o blanqueo de capitales, aunque todos comparten la misma idea: en el comportamiento realizado con la intención de ocultar el origen ilícito de los recursos, haciéndolos pasar por lícitos, sin serlo. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la operación que queremos valorar es estrictamente económica/financiera, para este escrito solo tendrán en cuenta los conceptos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y, sobre todo, los de la (UIAF) Unidad de Información y Análisis Financiero.

En sentencia con radicado 28300, de agosto 5 de 2009, La Corte Suprema de Justicia concretó que 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.

En el auto con radicado 22673, de octubre 27 de 2004, La Corte Suprema de Justicia determinó que el lavado de activos es un tipo penal con sujeto activo indeterminado, puesto

que dicha conducta típica puede ser ejecutada por cualquier persona a través de cualquiera de los verbos rectores relacionados en la norma: adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar, administrar. En este artículo, es necesario que la finalidad del autor sea ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes provenientes de los delitos de los delitos mencionados por el mismo artículo.

En sentencia con radicado 41427, de junio 8 de 2016, La Corte Suprema de Justicia sostuvo que la jurisprudencia de la Sala ha sentado una línea jurisprudencial pacífica frente al elemento normativo del tipo penal de lavado de activos, afirmando que “la imputación por lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otra conducta punible bastando para efectos de la existencia de la conducta punible subyacente, exigiéndose por tanto, una mera inferencia por parte de los juzgadores acerca de su existencia”. Bajo la lógica de la línea jurisprudencial antes citada, para tipificar el delito de lavado de activos basta con la demostración de que el sujeto activo de la conducta ocultó o encubrió “la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los activos”, incluso, sin necesidad de acreditar con una decisión judicial en firme el delito de donde provenían los recursos ilícitos, en tanto la actividad ilegal subyacente sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente.

Por su parte, la Unidad de Información y Análisis Financiero indica que el lavado de activos es:

La modalidad mediante la cual organizaciones criminales buscan dar apariencia de legalidad a los recursos que obtienen de sus actividades ilícitas, mediante la incorporación de estos en el circuito económico legal. A través de esta actividad, las bandas delincuenciales consiguen hacer uso de estos activos sin poner en peligro su reinversión en nuevas actividades ilícitas o lícitas. (UIAF, 2014, pág. 11).

La forma en la que se realizan las transacciones con monedas virtuales desconoce las normas administrativas y penales, por medio de las que se pretende prevenir, detectar y sancionar el lavado de activos en el mundo. No obstante, consideramos que no existe necesidad de crear

nuevas leyes o reformar las ya existentes, pese a lo novedoso que puedan resultar estos activos para nuestra sociedad, en razón a que, al reconocerse la naturaleza de bienes intangibles, estos se adecuan perfectamente a la descripción típica del Artículo 323 de la Ley 599 de 2000, que previene este tipo comportamientos (Nieto, 2020, pág. 131).

En Colombia el lavado de activos está tipificado en el Artículo 323¹⁵ del Código Penal del año 2000 (Ley 599 de 2000), Título X “Delitos contra el orden económico y social”, en el Capítulo V “Del lavado de activos”.

Con lo dicho hasta el momento podemos concluir, en este capítulo, la relación entre los conceptos de riesgo jurídicamente desaprobado, imputación objetiva, lavado de activos y transacciones con criptomonedas. Si bien las operaciones con criptomonedas no se encuentran expresamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, su no regulación a través de un banco central hace que se constituyan como fuertes escenarios de riesgo para el derecho penal. Así las cosas, con independencia de la teoría de la imputación objetiva que se asuma, puede concluirse que, en ellas, el elemento del riesgo es un elemento común y necesario para afirmar los juicios de responsabilidad penal. En este panorama, el delito de lavado de activos se muestra como un coherente ejemplo para sustentar la tesis que en este artículo se ha propuesto: las transacciones virtuales podrían generar ganancias o productos no reconocidos por la banca central, lo que, desde la perspectiva dogmática y a partir de la teoría de la carga dinámica de la prueba que se acepta jurisprudencialmente para este delito,

¹⁵ Artículo 323. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediano 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 psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, 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 derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de 10 a 30 años y multa de 650 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

podría generar responsabilidad penal para aquel que incumple ciertos deberes de gestión y control de los riesgos que en todas estas transacciones subyacen.

De este modo, en el capítulo siguiente estableceremos nuestra propuesta, a fin de identificar los escenarios que demarquen los deberes de gestión con los cuales, aun ante la existencia de riesgos, no se generaría responsabilidad penal a título de lavado de activos. Para ello, como veremos y para demostrar la novedad y pertinencia de la investigación, realizaremos en un primer momento un bosquejo de la normativa y regulación, directa o indirecta, que existe en Colombia frente a las monedas virtuales. Ello nos facilitará justificar nuestra propuesta conclusiva y justificativa de la hipótesis planteada.

3. Ámbito de regulación técnica de las criptomonedas en Colombia y propuesta de autorregulación en las transacciones con monedas virtuales.

3.1. Ámbito de regulación técnica de las criptomonedas en Colombia.

Las criptomonedas o dinero virtual no regulado, son un nuevo fenómeno tecnológico que ha ido ganando cada vez más atención, ya que se presentan como el futuro de los sistemas de pago, que permiten el intercambio de bienes y servicios de una forma virtual y segura, sin la intervención de un ente regulador. Pero su naturaleza descentralizada las convierte en una poderosa herramienta para que criminales, financiadores del terrorismo y otros evasores de la ley puedan mover y transar con capitales de procedencia ilícita. En este contexto, en este capítulo expondremos la regulación técnica, nacional e internacional, en materia de riesgos potenciales de lavado de activos a través de criptomonedas.

En el documento técnico titulado Criptomonedas, de agosto de 2017, el Banco de la Republica, además de reiterar que las criptomonedas o monedas virtuales no constituyen un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado en Colombia, alertaron al público en general sobre los riesgos de la tenencia y utilización de los criptoactivos, incluyendo riesgos de mercado, de lavado de activos, de intercambio y operativos. Concluye

este documento que los esquemas de criptoactivos presentan ventajas potenciales en términos de menores costos de tenencia y transferencia de riqueza en ciertos nichos del mercado de servicios de pago, tanto nacional como internacional. Pero al permitir el desarrollo de estos esquemas, la economía colombiana puede enfrentarse a algunos riesgos significativos, entre ellos, la integridad financiera y fiscal, debido a que estos esquemas pueden convertirse fácilmente en canales para actividades asociadas al lavado de activos, la financiación del terrorismo y la evasión tributaria (Banco de la República, 2017).

En pronunciamiento emitido bajo el Oficio 220-087060, de agosto 14 de 2019, la Superintendencia de Sociedades de Colombia reiteró las advertencias sobre la temática regulatoria que rodea la comercialización de criptoactivos en Colombia, donde insiste en la inexistencia de un marco regulatorio integral que se ocupe del uso de los criptoactivos en el mercado colombiano. Lo anterior, a efectos de permitir a los inversores contar con instrumento legal, particular y apropiado que brinde legalidad y que por lo menos garantice la mitigación de los riesgos económicos en la cadena transaccional, por posibles fraudes, estafas, fallas en los sistemas, captación ilegal de recursos, financiación del terrorismo, lavado de activos, evasión fiscal, falta de norma expresa que permita la protección del consumidor tanto del sistema financiero como del comercio en general por los inconvenientes operativos que pudieran presentarse por las operaciones o uso de los criptoactivos. De igual forma ratifica lo que ha dicho el Gobierno Nacional a la comunidad en general para que se abstengan de realizar cualquier tipo de operaciones con criptoactivos en razón de la incertidumbre jurídica, como económica que subyace en relación con este asunto (Supersociedades, 2019).

En pronunciamiento emitido bajo el Oficio 220-020934, de febrero 13 de 2020, la Superintendencia de Sociedades de Colombia hace alusión a las medidas de prevención y gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo. Con especial énfasis en la figura de la debida diligencia, la cual se refiere, al proceso mediante el cual la empresa obligada a diseñar y adoptar un sistema de prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, garantiza a través de éste el máximo esfuerzo para el

conocimiento de los beneficiarios finales, reales y/o controlantes de sus contrapartes, con la finalidad de mantenerse al margen y no vincularse con empresas y/o personas naturales que representen algún grado de alarma o de riesgo potencial de lavado de activos y financiación del terrorismo. La debida diligencia es imputable a cada actor que participa en el procedimiento establecido en el sistema interno de autocontrol y gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, su cumplimiento cubija a sus administradores, a los empleados de cada fase del proceso establecido en el sistema, así como a su oficial de cumplimiento (Supersociedades, 2020).

En la Guía para un enfoque basado en riesgo para las monedas virtuales, de junio de 2015, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) determinó que las monedas virtuales que pueden utilizarse para mover valor dentro y fuera de las monedas fíat¹⁶ y en el sistema financiero regulado, es probable que presenten riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo a corto plazo. Por consiguiente, bajo el enfoque basado en riesgo (RBA), los países deben centrar sus esfuerzos en identificar, entender y evaluar sus riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo asociados a las monedas virtuales y tomar medidas para mitigarlos mediante un enfoque basado en riesgos (GAFIC, 2014).

En el manual lavado de activos y financiación del terrorismo para inspectores y auditores fiscales, de junio 10 de 2019, la organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE). Refiere a las criptomonedas como una nueva clase de activo que se utiliza para el lavado, ya que estas permiten maniobrar de forma secreta en cualquier parte del mundo a través de internet. Como las criptomonedas ofrecen un relativo grado de anonimato, han atraído el interés de los evasores de impuestos, narcotraficantes y otros delincuentes, lo cual representa un riesgo para los sistemas financieros y fiscales de todos los países, ya que los delincuentes interesados en blanquear capitales a través de terceros pueden establecer medios complejos o sostenibles como las transacciones con dinero virtual, para camuflar los fondos ilícitos y darle apariencia de legales. Con el aumento del uso y la posesión de criptomonedas,

¹⁶ Monedas fíat, denominado dinero por decreto, el cual no cuenta con el respaldo de ningún tipo de metal precioso como el oro o la plata, por lo que su valor es fiduciario o determinado por ley.

es imperativo que los entes de control y las fuerzas del orden comprendan, vigilen tales activos y protejan los sistemas financieros contra los riesgos que plantea este tipo de activo virtual (OCDE, 2019).

El caso colombiano, como el de un sinnúmero de países del globo terráqueo, es sumamente ilustrativo. Actualmente en Colombia, las transacciones con criptomonedas o dinero virtual no regulado, no son ilícitas, es decir, no existe norma expresa que impida su uso. Pero, el hecho de que no haya prohibición de ello, no se traduce en permisión. Ya que las transacciones con criptomonedas incorporan un riesgo, tanto para sus usuarios como para el sistema financiero colombiano, además de conferirle a los trasgresores del derecho penal la posibilidad de dar una apariencia de origen legítimo o lícito a dineros o propiedades que, en realidad, son producto de conductas delictivas. En resumidas cuentas, las transacciones con dinero virtual son alegales y representan un riesgo latente de lavado de activos.

3.2. Propuesta de autorregulación y buenas prácticas en las transacciones con monedas virtuales para prevención del lavado de activos.

La irrupción de las criptomonedas supuso uno de los mayores avances tecnológicos y revolucionarios de los últimos años para los mercados de finanzas del mundo, constituyéndose en una alternativa digital a las divisas y mercados tradicionales. El funcionamiento de cada criptomoneda es diferente y depende del algoritmo utilizado. Sin embargo, todas tienen algo en común, su naturaleza descentralizada, ya que no son monedas fiduciarias o centralizadas, lo cual representa un riesgo inherente de lavado de activos, que debe ser identificado y mitigado a través de controles o protocolos que permitan realizar una trazabilidad de las operaciones realizadas con este tipo de dinero virtual no regulado. En Colombia, las transacciones con criptomonedas son *alegales*, ya que no existe prohibición expresa ni tampoco están delimitados los ámbitos de regulación. Por esto, es necesario que los agentes comerciales (*traders*) y las empresas que realizan operaciones de compra y venta (*broker*) se autorregulen, a sí mismos, ya que, los amplios espacios de riesgo que surgen en las transacciones con monedas virtuales. Esto es: la permisión o prohibición de estos

comportamientos, a título de lavado de activos, dependerá de los marcos de cumplimiento (*compliance*) o el debido control que realice el agente que comercialice con monedas virtuales. Lo anterior, puede eximir o atenuar de responsabilidad penal del agente. Es por ello que, en esta sección, se realizará una propuesta de autorregulación (*compliance*) o debido control y buenas prácticas en las transacciones con monedas virtuales para prevención del lavado de activos en Colombia.

3.3. Deberes de autorregulación (*compliance*) o debido control y buenas prácticas en las transacciones con monedas virtuales para prevención del lavado de activos en Colombia.

En general, los agentes comerciales (*traders*) y las empresas que realizan operaciones de compra y venta de criptomonedas (*broker*), con el fin de protegerse contra el lavado de dinero a través de las monedas virtuales deberán establecer medidas de autorregulación o debido control que incluyan como mínimo:

1. El deber de desarrollar o adquirir una aplicación o sistema de información capaz de analizar y rastrear las transacciones con criptomonedas.

Las transacciones con monedas virtuales son de dominio público y cualquier persona u ordenador puede acceder a esta información. El registro de transacciones y el Hash o huella digital de cada transacción se encuentra en la cadena de bloques (*blockchain*) de cada criptomoneda, lo cual ha permitido que se puedan crear herramientas que permiten estudiar la trazabilidad de estas, es decir, realizar el seguimiento de origen y destino de cada una de las transacciones, cantidad, volumen y patrones de conductas sospechosas o susceptibles de lavado de activos y financiación del terrorismo. Herramientas que almacenan información, permiten rastrear el origen y destino, al mismo tiempo llevan un registro de cada criptoactivo de forma distribuida, fiable y rápida. Además de servir de ayuda a las instituciones legales y financieras para identificar y detener a los usuarios de criptomonedas que llevan a cabo un uso ilícito de ellas.

2. El deber de generar un Log Transaccional de las Operaciones con Criptomonedas.

Un log transaccional es un archivo plano de datos estructurados en forma de tabla, en el cual se registran y se guardan detalladamente los registros de las transacciones que se ejecutan en un sistema de información, aplicaciones y redes de comunicación de una empresa. Los registros del Log Transaccional de Operaciones se generan de muchas fuentes, incluyendo registros del sistema operativo donde se ejecuta la aplicación de trading, fecha, hora de las transacciones, direcciones IP de conexión de la maquina desde donde se realiza cada transacción con criptomonedas, usuario y método de autenticación, Hash de cada operación y equipos de red que interviene en la comunicación. Información de trazabilidad que se debe registrar en una base de datos, y que servirá de insumo para los controles de auditoría y seguimiento de las transacciones con dinero virtual no regulado y de los procesos de negocio de la empresa o del agente.

3. El deber de resguardar la cadena de custodia del registro de transacciones y el hash de las Operaciones con Criptomonedas

Generar una política de cadena de custodia encaminada a asegurar, preservar, resguardar y garantizar la autenticidad y mismidad del registro de transacciones y del Hash o huella digital de cada transacción con monedas virtuales por un período no inferior a tres años. La inalterabilidad de la cadena de custodia permitiría que los agentes comerciales y las empresas que realizan operaciones de compra y venta de criptomonedas puedan responder con veracidad y rapidez a los requerimientos o peticiones de información realizados por las autoridades que investigan el lavado de activos u otras actividades ilegales.

4. Debida diligencia del cliente

Generar una política de debida diligencia, donde se gestione la investigación y el debido conocimiento de los clientes, socios y demás contrapartes, así como de las transacciones,

negocios o contratos, en lo que se refiere a la prevención del lavado de activos a través de criptomonedas. De igual forma, diseñar e implementar procesos de prevención y verificación de riesgos de lavado de activos, donde se establezcan deberes para cada interviniente en proceso de compra y venta de dinero virtual no regulado. Políticas y proceso que deberán quedar positivizados en un código de ética y buena conducta, donde se establezcan funciones, deberes y sanciones para cada sujeto, dependiendo su rol y responsabilidades.

5. El deber de crear un programa permanente de capacitación LA/FT para el personal que realiza operaciones con criptomonedas

Crear un programa interno de capacitación para los empleados, socios, accionistas y, en general, a todas las partes que intervengan en los procesos transaccionales con criptomonedas, para generar una cultura de promoción y prevención del lavado de activos y/o financiación del terrorismo. Formación técnica que permita aprender a identificar las operaciones sospechosas recursos provenientes de actividades relacionadas con el lavado de activos u otras actividades delictivas. En la forma y frecuencia que la propia empresa obligada considere pertinente para asegurar su adecuado cumplimiento.

6. El deber de Reporte de operaciones sospechosas de lavado de activos a través de criptomonedas.

Generar políticas antilavado que permitan detectar y reportar ante las autoridades competentes y superintendencias las operaciones sospechosas con criptomonedas. Operaciones que por su volumen, cantidad o características no guardan correspondencia con la actividad económica del cliente, se salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado de monedas virtuales o no tienen un fundamento legal evidente, además, de no poder ser razonablemente justificadas.

7. El deber de designar un “compliance officer”

Las monedas virtuales generan riesgo de lavado de activos, ya que no se encuentran reguladas por ningún ente central. Es por ello, que las empresas que realizan operaciones de compra y venta de criptomonedas deben de designar a un empleado que se encargue de promover y desarrollar los procedimientos específicos de prevención, actualización y mitigación del riesgo de lavado de activos y/o financiación del terrorismo a través de las transacciones realizadas con dinero virtual. El cual, deberá rendir informes periódicos de actividades sospechosas ante las autoridades competentes y superintendencias designadas para ello.

8. Deberes Para Autoridades De Vigilancia Y Control de LA/FT

El gobierno a través de la Unidad De Información Y Análisis Financiero y una Superintendencia designada, deberá adoptar algunas iniciativas administrativas para controlar y mitigar, los riesgos de lavado de activos u otras actividades ilegales a través de monedas virtuales. Estas autoridades además de ejercer vigilancia y control, a través de actos administrativos deberán dictar medidas regulatorias sobre los principales intervinientes en las transacciones con criptomonedas: Traders, Bróker, Casas de Cambio Virtuales y Money Transmitter. De igual forma disponer canales o medios informáticos para la recepción de los reportes de operaciones sospechosas de lavado de activos a través de criptomonedas.

Conclusiones

Las criptomonedas son un producto de la revolución tecnológica o cuarta revolución industrial. Una revolución que vino a transformar la forma en que vivimos, trabajamos, nos relacionamos y hasta la forma de como pagamos por los bienes y servicios que necesitamos. Realmente, ninguna legislación estaba preparada para la aparición de este tipo de dinero virtual no regulado, una forma de dinero cuyo valor estuviese dado por el consenso de sus usuarios y sin la participación de una autoridad monetaria que vigile y controle su circulación. Lo anterior, supone un sinnúmero de retos y desafíos para el sistema financiero y para las autoridades jurídico-penales y administrativas de Colombia, que no cuentan con normas

técnicas para comprender y regular una tecnología que rompe con los postulados del modelo económico planteado en la Constitución Política de 1991.

En Colombia, las transacciones con criptomonedas no son ilícitas o ilegales, es decir, no existe norma material y formal que prohíba su utilización. Sin embargo, el hecho de que no haya prohibición de ello, no se traduce en su expresa permisión. Las operaciones con dinero virtual funcionan sin haber sido reglamentadas ni prohibidas, lo cual les incorpora un riesgo jurídicamente desaprobado, tanto para sus usuarios como para el sistema financiero colombiano.

La naturaleza descentralizada y no regulada de las criptomonedas, puede generar un comportamiento objetivamente imputable de cara al tipo penal de lavado de activos. Ya que las personas que cumplen el rol de agentes comerciales (*traders*) y las empresas que realizan operaciones de compra y venta de criptomonedas (*broker*) corren el riesgo de verse inmersos en actos de favorecimiento o ayuda a encubrir o darle apariencia de origen lícito a activos que, en realidad, son producto de conductas delictivas. Riesgo penalmente desaprobado, por el cual, se deben generar deberes de control y supervisión para todos los intervinientes en este tipo de operaciones con criptomonedas, pues, el agente al incumplir sus deberes, lo que es lo mismo, el incumplimiento de su rol de garante, podría generarle responsabilidad penal, como autor o partícipe, en el delito de lavado de activos y hacerse merecedor de una de las penas del artículo 323 de la ley 599 de 2000, que previene este tipo de comportamientos.

La institucionalización e implementación de deberes de autorregulación (*compliance*) o debido control y buenas prácticas en las transacciones con monedas virtuales, además de limitar la responsabilidad penal del agente, puede ayudar a mitigar y a prevenir el lavado de activos a través de criptomonedas. Todo, ya que los agentes comerciales (*traders*) y las empresas que realizan operaciones de compra y venta de criptomonedas (*broker*) que efectúen una correcta vigilancia y/o control de las operaciones con dinero virtual y actúen ceñidos a su rol de garantes al efectuar los respectivos reportes de operaciones sospechosas, no podrán hacerse acreedores de sanción penal a título de lavado de activos.

Referencias

- AnalistaG España. (07 de Noviembre de 2018). *IG.com*. Obtenido de <https://www.ig.com/es/estrategias-de-trading/la-regulacion-de-criptomonedas-alrededor-del-mundo-181107>
- Asobancaria. (03 de 04 de 2017). *Academia*. Obtenido de https://www.asobancaria.com:https://www.academia.edu/36491869/Blockchain?email_work_card=view-paper
- Banco de la República. (2017). *Criptoactivos*. Cartagena: secretaria de la JDBR. Recuperado el 23 de Septiembre de 2020, de <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/presentacion-ghernandez-17-08-2017.pdf>
- Banrepubica. (1 de Abril de 2014). *Banco de la República*. Obtenido de <https://www.banrep.gov.co/es/comunicado-01-04-2014>
- BitLicense, D. d. (5 de Junio de 2015). *Davis Polk*. Recuperado el 29 de Febrero de 2020, de https://www.finregreform.com:https://www.davispolk.com/files/2015-06-05_New_Yorks_Final_BitLicense_Rule.pdf
- Bitme Academy. (s.f.). *Bitme Academy*. Obtenido de <https://academy.bit2me.com/que-es-hash/>
- BuyBitcoin Worldwide. (02 de Marzo de 2020). *Buy Bitcoin Worldwide*. Obtenido de <https://www.buybitcoinworldwide.com/es/cuantos-bitcoins-hay/>
- CID, E. H. (Marzo - Abril de 2016). Bitcoins: algunas cuestiones jurídicas. *El Notario Del Siglo XXI*, 66, 38-41.
- CoinMarketCap.com. (27 de febrero de 2020). *CoinMarketCap.com*. Obtenido de <https://coinmarketcap.com/es/monedas/bitcoin/>
- Corredor Higuera, J. A., & Díaz Guzmán, D. (2018). Blockchain y mercados financieros: aspectos generales del impacto regulatorio de la aplicación de la tecnología blockchain en los mercados de crédito de América Latina. *Pontificia Universidad Católica del Perú - Revista de la Facultad de Derecho*, 405-439. Recuperado el 02 de 03 de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20441/20356>
- Dai, W. (1998). <http://www.weidai.com/>. Obtenido de <http://www.weidai.com/bmoney.txt>
- Dal Dosso, D. A. (2011). *Teoria De La Imputacion Objetiva (Tesis de Maestria)*. Universidad De Mendoza, Mendoza. Recuperado el 17 de Julio de 2020, de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/46485731/8.pdf?1465934001=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DTEORIA_DE_LA_IMPUTACION_OBJETIVA.pdf&Expires=1597633407&Signature=dnZl48eX6M5kwGxtMJTXMRgTm30k39Oc8-0gaT8pdxXXKgVXAaAlzpJsXUMaTFWEvooPb2R0qY

- Domínguez, I. L. (s.f.). *Expansion.com*. Obtenido de Diccionario económico: <https://www.expansion.com/diccionario-economico/crisis-subprime.html#:~:text=Crisis%20Subprime%20es%20la%20denominaci%C3%B3n,la%20vivienda%20en%20Estados%20Unidos>.
- Duque Pedroza, A. F. (2018). Apuntes sobre la normativización del Derecho penal económico. En R. Molina López, & A. F. Duque Pedroza, *Temas de Derecho penal económico y patrimonial* (págs. 99 - 126). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- EBA, A. B. (4 de Julio de 2014). <https://eba.europa.eu>. Recuperado el 29 de Febrero de 2020, de <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>
- Economía de hoy.es. (10 de Noviembre de 2017). *Economía de hoy.es*. Obtenido de <https://www.economiadehoy.es/noticia/23980/economia/que-es-y-como-funciona-el-trading.html>
- Fernández, G. F. (2009). La Imputación Objetiva: Fundamento Y Consecuencias Dogmáticas A Partir De Las Concepciones Funcionalistas De ROXIN Y JAKOBS. Lima, Perú.
- FLORES, B. R. (2001). LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS IMPRUDENTES. *Anales de derecho: revista de la Facultad de Derecho*, 259-278.
- Franco, P. (2014). Entendiendo Bitcoin: Criptografía, Ingeniería y Economía. *Anales de mecánica y electricidad*, 16 - 22.
- GAFIC. (2014). *Guía para un Enfoque Basado en Riesgo para las Monedas Virtuales*. Paris: Photocredits coverphoto. Recuperado el 23 de Septiembre de 2020
- Haas, V. (2016). La doctrina penal de la imputación objetiva. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Recuperado el 14 de Julio de 2020, de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305702/395580>
- Hernández Quintero, H. A. (2009). Aspectos fundamentales del delito de lavado de activos. (U. A. Caribe, Ed.) *Justicia Juris*, 65-80. Recuperado el 6 de Mayo de 2020, de <http://hdl.handle.net/11619/1024>
- Infolaft. (11 de Noviembre de 2019). *Infolaft.com*. Obtenido de <https://www.infolaft.com/radiografia-del-lavado-en-colombia-segun-ee-uu/>
- Infolaft.com. (10 de Noviembre de 2011). *Infolaft.com*. Obtenido de <https://www.infolaft.com/que-es-lavado-de-activos/>
- Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal* (1996 ed.). Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: AD-Hoc. Recuperado el 18 de Julio de 2020

- Ley 2010 de 2019. Arti 91. (2019). *Artículo 91*. Bogota: Diario Oficial. Recuperado el 14 de Julio de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30038705>
- Ley 599 de 2000. Arti 25. (2000). *Artículo 25*. Bogota: Leyer.
- Ley 599 de 2000. Arti 323. (2000). *Artículo 323*. Bogota: Leyer.
- Martínez, J. C. (07 de Mayo de 2019). *derinformatico.uexternado.edu.co*. Recuperado el 03 de 03 de 2020, de Departamento de Derecho Informático:
<https://derinformatico.uexternado.edu.co/las-criptomonedas-y-su-marco-normativo-en-colombia/>
- Mora, S. J. (31 de 12 de 2015). *Academia*. Recuperado el 29 de 02 de 2020, de La Ley.:
<https://www.academia.edu/32235498/BITCOIN>
- Nieto, T. V. (2020). *Criptoactivos y las Normas Antilavado (Tesis de Maestría)*. Universidad de Ibagué. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. Recuperado el 29 de Septiembre de 2020, de <https://doi.org/10.35707/978958754330806>
- Noticias1. (23 de Diciembre de 2019). *Canal 1*. (C. Melo, Editor) Obtenido de noticias.canal1.com:
<https://noticias.canal1.com.co/nacional/lavado-de-activos-en-2019-superaria-los-63-billones-denuncia-la-fiscalia/>
- OCDE. (2019). *Lavado de activos y financiación del terrorismo. Manual para inspectores y auditores fiscales*. Manual, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Paris. Recuperado el 24 de Septiembre de 2020, de <https://www.oecd.org/ctp/crime/lavado-de-activos-y-financiacion-del-terrorismo-manual-para-inspectores-y-auditores-fiscales.pdf>
- Pastorino, C. (22 de Junio de 2018). *Welivesecurity.com by ESET*. Obtenido de <https://www.welivesecurity.com/la-es/2018/06/22/mineria-criptomonedas-respuesta-tres-preguntas-frecuentes/>
- Perez, I., & Ramirez Escudero, D. (18 de Enero de 2020). *Recopilación de estafas con criptomonedas en Colombia 2019*. Recuperado el 14 de Mayo de 2020, de <https://es.beincrypto.com/recopilacion-estafas-criptomonedas-colombia-2019/>
- Planas, R. R. (2003). Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. En ¿ Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. En J. M. Sánchez, & M. Pons (Ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? : riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial* (págs. 17-66). España.
- Planas, R. R. (2008). Las “conductas neutrales” en derecho penal: la discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista brasileira de ciências criminais*, 70, 190-228. Recuperado el 30 de Septiembre de 2020

- Posada Maya, R. (2018). ¿Puede ser el cibercrimen un delito organizado y transnacional? En R. Molina López, A. Duque Pedroza, & J. C. Montoya (Ed.), *Temas de Derecho penal económico y patrimonial* (pág. 232). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado el 20 de Julio de 2020
- Puig, S. M. (2003). SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA IMPUTACIÓN. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-10.
- Quintero, J. R. (17 de Abril de 2020). *Universidad Santo Tomás*. (N. Macana Gutiérrez, Ed.) Recuperado el 07 de Julio de 2020, de Repositorio Institucional Universidad Santo Tomás: <http://hdl.handle.net/11634/22564>
- Quiroga, J. D. (10 de Junio de 2010). *LA PROHIBICIÓN DE REGRESO COMO LÍMITE DE LA PARTICIPACIÓN PUNIBLE DEL EMPRESARIO*. Obtenido de MPa - Mauricio Pava L. Abogados.: <https://mpapenalcorporativo.com/2019/06/10/la-prohibicion-de-regreso-como-limite-de-la-participacion-punible-del-empresario/>
- Quispe, N. Z. (2018). *Aplicación De La Imputación Objetiva En Las Acusaciones Por Peculado Y Colusión En El Distrito Fiscal De Huancavelica (Tesis de Maestría)*. HUANCVELICA - PERU.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito* (2° Edición ed., Vol. I). (D. M. Luzon Peña, M. D. García Conlledo, & J. De Vicente Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.
- Sentencia N° 22.673, 22673 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación penal 27 de Octubre de 2004).
- SENTENCIA SP8759-2016, 41245 (SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 29 de Junio de 2016). Recuperado el 02 de Julio de 2020, de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2jul2016/SP8759-2016.pdf>
- Shiller, R. J. (2009). *El estallido de la burbuja: cómo se llegó a la crisis y cómo salir de ella*. España: Ediciones Gestión 2000. Recuperado el 28 de febrero de 2020, de <https://www.tagusbooks.com/leer?isbn=9788498752267&li=1&idsource=3001>
- SP-87592016, 41245 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal 29 de Junio de 2016).
- Superfinanciera. (22 de Junio de 2017). *Superintendencia Financiera De Colombia*. Recuperado el 03 de Marzo de 2020, de Superintendencia Financiera De Colombia: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10090492/dPrint/1/c/0>
- Supersociedades. (2019). *Oficio 220-087060*. Tecnico, Superintendencia de Sociedades de Colombia, Bogota. Recuperado el 23 de Septiembre de 2020
- Supersociedades. (2020). *Oficio 220-020934*. Tecnico, Superintendencia de Sociedades de Colombia, Bogota. Recuperado el 23 de Septiembre de 2020

- Torres Largo , W. I., Verdugo Fernández , M., & Mosquera Palacios , E. (20 de 08 de 2019). *Universitaria Agustiniiana Repositorio Institucional*. Recuperado el 03 de 03 de 2020, de <http://repositorio.uniagustiniana.edu.co/handle/123456789/1014>
- UIAF. (2014). *Lo que debe saber sobre el lavado de activos y la financiación del terrorismo*. Bogota: UIAF.
- UIAF. (2014). *Lo que debe saber sobre el lavado de activos y la financiación del terrorismo*. Bogota: UIAF.
- Unidad De Información Y Análisis Financiero – UIAF. (31 de Enero de 2018). *www.uiaf.gov.co*. Recuperado el 21 de Agosto de 2020, de https://www.uiaf.gov.co/transparencia/planeacion/politicas_lineamientos_manuales/plan_accion/29466
- Valverde, A. A. (18 de Julio de 2010). *Derecho Penal Online*. Obtenido de Derechopenalonline: <https://derechopenalonline.com/la-teoria-de-la-imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal/>
- Valverde, A. A. (18 de Julio de 2010). *Derechopenalonline*. Obtenido de <https://derechopenalonline.com/la-teoria-de-la-imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal/>
- Vargas Lozano, R., & Ruiz López, C. (2017). El lavado de activos en Colombia. En Á. Vargas, & R. Vargas Lozano, *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito* (págs. 15-48). Bogota: Sergio Arboleda.
- Venturini, G. (10 de Febrero de 2020). *Tecnología + Informática*. Obtenido de <https://www.tecnologia-informatica.com/que-es-la-criptografia/#:~:text=Criptograf%C3%ADa%20es%20la%20ciencia%20y,forma%20cifrada%20o%20en%20c%C3%B3digo>.