

13

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Temas de Derecho penal económico y patrimonial

Ricardo Molina López
Andrés Felipe Duque Pedroza
Coordinadores



Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal



13

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Temas de Derecho penal económico y patrimonial

Ricardo Molina López
Andrés Felipe Duque Pedroza
Coordinadores



Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal



345
U58

Universidad Pontificia Bolivariana. CIDI. Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal (Giscope), autor
Temas de Derecho penal económico y patrimonial / coordinadores Ricardo Molina López y Andrés Felipe Duque Pedroza -- Medellín: UPB, 2018.
300 p: 17 x 24 cm.
ISBN: 978-958-764-521-7 / ISBN: 978-958-764-532-3 (versión digital)

1. Derecho penal -- 2. Delitos -- I. Molina López, Ricardo, coordinador -- II. Duque Pedroza, Andrés Felipe, coordinador -- III. Título

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Ricardo Molina López
© Andrés Felipe Duque Pedroza
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

Temas de Derecho penal económico y patrimonial

ISBN: 978-958-764-521-7

ISBN: 978-958-764-532-3 (versión digital)

Primera edición, 2018

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

CIDI

Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal, Giscope

Radicado 566B-02/16-82

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Sissi Tamayo Chavarriaga

Corrección de Estilo: Carolina Villada Castro

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018

E-mail: editorial@upb.edu.co

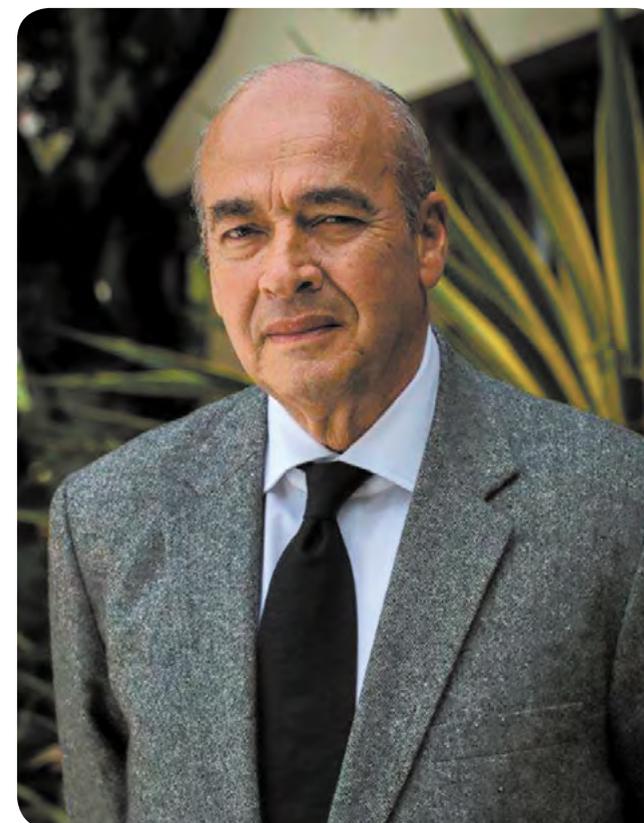
www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1657-02-11-17

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



A la memoria del
Dr. Carlos Alberto JARAMILLO RESTREPO
1950-2017



Tabla de contenido

Prólogo	9
La “estafa” en los negocios jurídicos con objeto ilícito. Un pretexto para una propuesta metodológica.....	13
<i>Henry Roberto Solano Vélez</i>	
Comentarios acerca de la corrupción pública y privada en el ordenamiento jurídico chileno.....	63
<i>Andrés Benavides Schiller</i>	
El delito de omisión de control: un análisis dogmático.....	79
<i>María Camila Correa Flórez</i>	
Apuntes sobre la normativización del Derecho penal económico.	101
<i>Andrés Felipe Duque Pedroza</i>	
Concepto de Derecho penal económico. A propósito del Título X del Código penal colombiano.	129
<i>Ricardo Echavarría Ramírez</i>	

Los delitos financieros en Colombia: Antecedentes, evolución y futuro.....	157
<i>Hernando A. Hernández Quintero</i>	
Evolución y actualidad de la protección penal de los derechos de autor en Colombia	193
<i>César Alejandro Osorio Moreno</i>	
¿Puede ser el cibercrimen un delito organizado y transnacional?.....	219
<i>Ricardo Posada-Maya</i>	
La estricta legalidad en el delito de urbanización ilegal	255
<i>Santiago Sierra Angulo</i>	
La criminalización del lavado de activos en Colombia: muchas sombras y pocas luces	261
<i>Renato Vargas Lozano</i>	
La actividad de la policía judicial en la persecución de los delitos económicos en Colombia: ¿un quiebre legal al debido proceso constitucional?	291
<i>Ricardo Molina López</i>	
Sobre los autores.....	299



Prólogo

El Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal (Giscope) de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, se complace en presentar a la comunidad académica, y al público en general, el presente texto que contiene varios estudios sobre Temas de Derecho penal económico y patrimonial. Sin duda alguna, es necesario realizar una revisión de la acostumbrada parcelación de las conductas tipificadas como atentatorias de los bienes jurídicos, patrimonio económico y orden económico y social. Y ello porque actualmente es difícil concebir una conducta atentatoria contra el patrimonio económico, susceptible de persecución penal, que no tenga relevancia en la afectación o puesta en peligro del orden económico social. Frente a esta idea es importante precisar que a día de hoy la misma ley procesal dispone, véase Ley 906 de 2004 en su artículo 324 numerales 1, 7 y 10 –entre otros–, que frente a la mayoría de atentados contra el patrimonio económico es pertinente la aplicación del principio de oportunidad, con lo cual, las conductas bagatelarias pueden generar una respuesta penal dentro del marco de las justicias simbólica y restaurativa. Así pues, en los atentados contra el patrimonio económico con relevancia en cuanto a la afectación al bien jurídico, es

difícil encontrar una hipótesis que no termine afectando de manera directa el orden económico social, como ocurre por ejemplo con la corrupción privada. Esta es la razón por la cual se incluyen en este libro una amplia gama de trabajos que ponen de presente esa interrelación. Cómo no mencionar que esta interrelación se posibilita, la más de las veces, por el uso de medios informáticos en el espacio virtual, razón más que suficiente para incluir un texto sobre la cibercriminalidad como forma de delincuencia organizada y transnacional.

De otro lado, debemos destacar que se han reunido una serie de aportes académicos que abordan temas atinentes a la parte general y fundamental de los delitos económicos, así como el análisis particular de algunas figuras delictivas como el lavado de activos y la omisión de control sobre actividades que puedan dar lugar a este, la corrupción privada, los delitos contra la propiedad intelectual y los delitos financieros propiamente dichos. Es de destacar que el análisis sobre aspectos procesales también tuvo cabida: la criminalización secundaria frente a este tipo de conductas es analizada desde una perspectiva muy específica, como es la de la función de la policía judicial en el proceso penal de acuerdo con la Ley 906 de 2004.

Este es un trabajo que presenta destacados aportes a este ámbito de la discusión académica y que, sin duda alguna, contará con posteriores ediciones en las cuales se presentarán temas como la necesaria construcción de una nueva teoría del delito que haga efectiva las prerrogativas constitucionales que hacen racional y necesaria la intervención penal. Porque, no puede olvidarse, las teorías del delito existentes y aplicadas cotidianamente no presentan rendimientos en cuanto a la posibilidad de aplicación material de los principios que limitan desde las perspectivas material y formal la persecución penal del Estado. Piénsese por ejemplo, cómo aplicar efectivamente el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse cuando la persecución penal en este tipo de conductas se da por información que es capturada en sistemas informáticos por autoridades administrativas, y sin la vigencia efectiva de aquellos derechos, el soporte de la garantía procesal que permite la discusión sobre la responsabilidad penal a partir de una teoría del delito desaparece. En esa misma línea, también queda pendiente el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídica en Colombia.

Finalmente, es obligatorio presentar un sentido agradecimiento a todos los juristas que han aportado su conocimiento para construir esta obra; de la misma manera presentamos nuestra manifestación hacia la Universidad Pontificia Bolivariana por apoyar este proyecto académico y editorial.

*Prof. Dr. Ricardo Molina López
Prof. Mag. Andrés Felipe Duque Pedroza*

La “estafa” en los negocios jurídicos con objeto ilícito. Un pretexto para una propuesta metodológica



Henry Roberto Solano Vélez¹

1) Caso

El tres de diciembre de 1996, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el caso con radicado 8.874, con ponencia del Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, profirió una sentencia por vía de la cual resolvió “...CASAR parcialmente y de oficio el fallo impugnado, ***en el sentido de que la responsabilidad penal declarada en contra de A. T. P., lo es por el delito único de estafa*** y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que se dio cuenta en la parte motiva de esta decisión” –negritas, cursivas y subrayas extratexto–.

¹ Abogado y doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Coordinador del Área de Derecho Penal, profesor de Introducción al Derecho y de Derecho Penal de esa misma Universidad. Este artículo se presenta dentro del proyecto de investigación “Economía, empresa y derecho penal: entre propósitos de convergencia-divergencia”; Radicado CIDI No. 566B02/16-82.

Pues bien, los hechos que motivaron tal pronunciamiento fueron descritos por la propia Corte, así:

Desde el mes de agosto de 1990, A. T. P., pastor evangélico, contactó a los líderes comunales del barrio Juan Pablo II y sus alrededores, motivándolos para que convencieran a los miembros más próximos de sus comunidades a participar, *sin sorteo previo*, en los planes de adjudicación de vivienda promovidos por la Caja de Vivienda Popular, aduciendo estar próximo a ser nombrado como asesor de esa entidad, debiéndose llenar un formulario por los interesados, el cual les era devuelto con un sello de recibo de la Caja, e ir cancelando determinadas cuotas, de acuerdo con el plan escogido y las capacidades económicas de cada familia, *como también comprometerse a conseguir 10 votos a favor del aspirante a la Alcaldía de Bogotá que él apoyaba* –negritas, cursivas y subrayas extratexto–.

En efecto, A. T. P. fue vinculado a la referida Caja de Vivienda mediante contrato de prestación de servicios, pero no obstante que lo fue para que compilara la normatividad relacionada con la reforma urbana en el entonces Distrito Especial de Bogotá y su aplicabilidad en los programas de vivienda adelantados por la Caja, continuó haciendo los mismos ofrecimientos directamente y por intermedio de los referidos líderes comunales.

Pasado algún tiempo y pese a que algunos de los humildes aspirantes a obtener tan llamativa solución de vivienda habían hablado directamente con A. T. P., a quien le habían entregado dinero, ni unos ni otros obtuvieron respuesta alguna, pues ninguno de los más de 800 presuntos adjudicatarios aparecieron en las listas publicadas por la Caja de Vivienda Popular, no obstante haber entregado entre todos una suma superior a los veintisiete millones de pesos.

Sintiéndose timada la colectividad y en vista de que nadie les respondía por lo ofrecido y menos por el dinero que habían dado, empezaron a denunciar penalmente estos hechos, los cuales a la postre se integraron en el proceso de que ahora conoce la Corte.

Concluyó la Corte, entonces, que, en el caso planteado, se está en presencia de un delito de estafa (conducta única, con pluralidad de actos ejecutivos y de sujetos pasivos). Se trataría, así, de un “muy buen ejemplo” de un delito masa.

2) Problema y solución

En el caso citado, la Corte protege el patrimonio económico de personas que lo utilizan en la celebración de negocios jurídicos con objeto ilícito y causa ilícita; repárese en que el pastor evangélico, con la promesa de adjudicar, sin *sorteo previo* –esto es, de manera ilegal–, unas viviendas de interés social, invita a la comunidad *a conseguir unos votos para un candidato* y a ir consignando unas sumas de dinero.

La Corte, pues, en esa absurda decisión, terminó por enviar un mensaje a la comunidad, en el sentido de estimular el cumplimiento de los negocios jurídicos celebrados, a sabiendas, con objeto ilícito y con causa ilícita. En el caso expuesto, el hecho de tratarse de una comunidad de escasos recursos puede obstaculizar, para algunas personas, con razón, el análisis del punto de partida absurdo y de las consecuencias no menos absurdas del fallo en cuestión.

Veamos:

Piénsese, por ejemplo, en el caso de aquel que es engañado económicamente por el intermediario que ha buscado para “comprar” la libreta militar de su hijo, evitándole, así, a este el tener que prestar el servicio militar obligatorio; piénsese, también, para llevar al extremo las consecuencias del fallo mencionado, en el caso de aquel que es engañado por otro, al que ha contratado para matar a un enemigo, cuando, en rigor, se trataba –ese “otro”– de un sujeto “inofensivo”, que necesitaba de un dinero para pagar alguna deuda, y se hizo pasar por un peligroso sicario.

A nadie se le ocurriría pensar en que, en el caso del supuesto sicario, quien fue engañado pudiese acudir, con vocación de éxito, ante la autoridad competente a denunciar la aparente “estafa” de la que fue “víctima”; el Estado no puede, por supuesto, proteger el patrimonio económico de aquel que, a sabiendas, lo utiliza en la celebración y ejecución de negocios jurídicos con objeto ilícito y causa ilícita².

² Véase, en todo caso, el buen recuento bibliográfico hecho por Alas Rojas (2015), en su escrito sobre “la estafa en las prestaciones ilícitas. Fundamentos para su atipicidad”.

Precisamente, nuestra legislación, con la misma prudencia que es ajena a la juris-prudencia criticada, advierte, en el artículo 1525 del Código Civil colombiano, lo siguiente: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. Así, el legislador establece bien una “sanción” consistente en la pérdida de lo que, conscientemente, se haya entregado por dicho concepto, o bien, dicho en forma más rigurosa, una “carga” que impone a toda persona: “si usted quiere que el Estado le proteja su patrimonio económico, utilícelo en la celebración de negocios jurídicos lícitos”³.

Por supuesto, quien, en forma consciente, se ubica al margen del derecho, no puede esperar –no puede ser titular de esa expectativa normativa o razonable– que el Estado intervenga en su protección; al ubicarse al margen del derecho, en el despliegue de sus negocios, el sujeto estará asumiendo los riesgos que implica la ausencia de expectativas normativas de comportamientos, que, en tanto “normativas”, se encuentren debidamente estabilizadas por el derecho positivo.

Pese a lo dicho, nuestro Código Penal de 2000, quizá inspirado por el desafortunado criterio subyacente a la decisión de la Corte que ha venido criticándose, en regulación inconstitucional a la luz del principio de idoneidad⁴, consagró, en su artículo 247 –disposición esta que fuere luego adicionada por las leyes 1142 de 2007 y 1474 de 2011–, como circunstancias agravantes del delito de estafa, las siguientes: cuando, en primer lugar, el medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social; en segundo lugar, el provecho ilícito se obtenga por quien sin ser partícipe de un delito de secuestro o extorsión, con ocasión del mismo, induzca o mantenga a otro en error; en tercer lugar, se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer.

³ Sobre el concepto de carga y su diferencia con los conceptos de deber y obligación, remitimos a nuestra obra de Introducción al estudio del derecho (Solano, 2016, pp. 115 y ss.).

⁴ Sobre el contenido de este principio, véase el texto de Introducción ya mencionado (Solano, 2016, pp. 135 y ss.).

En la primera hipótesis, pues, esto es, en la referida a la utilización de un medio fraudulento relacionado con vivienda de interés social, el legislador, seguramente, pensó en casos como el que dio lugar a la pluricitada sentencia de la Corte, lo que conduce al absurdo de emplear el derecho penal como un medio para alcanzar un fin constitucionalmente inadmisibles, cual es el de preservar el patrimonio de aquel que, no obstante su pobreza, lo utiliza, a sabiendas, en el despliegue de negocios jurídicos con objeto ilícito y causa ilícita; el artículo 95 de la Constitución Política, en obvia exigencia, al regular los “deberes” del ciudadano –algunos de los cuales son, en rigor, no propiamente deberes sino cargas–, prescribe que “... Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes...” y que “... Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. En el caso sobre el que venimos reflexionando, si las obligaciones que surgieron del negocio jurídico ilícito se hubiesen cumplido, se afectarían los derechos de todos aquellos –también de escasos recursos– que no hubiesen podido concursar en la adjudicación de las viviendas de interés social.

Por su parte, en la segunda hipótesis –la relativa a casos en los que el provecho ilícito se obtenga por quien sin ser partícipe de un delito de secuestro o extorsión, con ocasión del mismo, induzca o mantenga a otro en error– el absurdo resulta ser aún mayor, pues quien se hace pasar como secuestrador, haciendo exigencias económicas, o quien, por ejemplo, sin ser el extorsionista inicial, finge luego serlo, estará siendo, por supuesto, autor de un delito de extorsión y, en modo alguno, de una estafa. Mal, pero muy mal, podría decirse, como lo piensa el legislador colombiano, que pueda haber una estafa en un negocio jurídico ilícito que tenga por objeto la liberación de una persona secuestrada o la evitación de un mal sobre el que versó una amenaza.

Así mismo, en la tercera hipótesis –la concerniente a casos en los que se invoquen influencias reales o simuladas, con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer–, otrora tipificada como tráfico de influencias por parte de particular, el absurdo termina siendo ya caricaturesco, pues, en tanto se trata, supuestamente, de una agravante de la estafa, para que dicho tráfico sea punible, se requiere, en efecto, que haya una “venta de humo”, que se engañe a otro en el ofrecimiento de dicha influencia; si, por

el contrario, quien ofrece a otro la influencia sobre un servidor público, a cambio de una suma de dinero, cumple con lo pactado, el tráfico no será punible; el legislador, como ya se dijo, estimula, de esta manera, el cumplimiento de los negocios jurídicos ilícitos (Jaramillo, 2005, p. 352).

De lege data, en principio, entonces, habría una estafa agravada, por ejemplo, en el caso ya mencionado de aquel que es engañado económicamente por el intermediario que ha buscado para “comprar” la libreta militar de su hijo, evitándole, así, a este el tener que prestar el servicio militar obligatorio. Se dice “en principio” porque no solo la regulación legal sobre la circunstancia agravante debe ser inaplicable por inconstitucional, al no pretender alcanzar un fin constitucionalmente admisible, sino que, además, en el ejemplo propuesto, no puede configurarse una estafa, pues el sujeto pasivo del engaño, a sabiendas, se ha puesto al margen del derecho, no pudiendo esperar, razonablemente, que el Estado le proteja su patrimonio.

En conclusión, no todo engaño que induce o mantiene a otro en error, producto del cual se da un acto de disposición patrimonial, es constitutivo de una estafa (Pastor, 2004); el sujeto pasivo del engaño –como lo afirma hoy rigurosamente la doctrina–, para ser protegido por el derecho penal, ha de haber atendido la “carga” de autotutela, de cuidado, de protección de su propio patrimonio (Quintero, 2002, p. 671). Parte de esa carga radica en no ubicarse, conscientemente, al margen del derecho, en el ejercicio de su autonomía privada o autonomía de la voluntad, asumiendo, tácitamente, riesgos que no se encuentran jurídicamente controlados.

Ahora bien, lo dicho no es solo aplicable al análisis de la estafa, pudiendo reconducirse a otros atentados contra el patrimonio económico. Piénsese en el siguiente caso, por lo demás de frecuente ocurrencia:

Juan le entrega a Pedro una suma de dinero, para que este la consigne en su cuenta de ahorros, la de Pedro, en el banco X. Tal operación se realiza, con el conocimiento de ambos, para evadir impuestos. Luego, Pedro, y pese al requerimiento de Juan, no le devuelve a este “su” dinero. En modo alguno, puede configurarse, en el ejemplo propuesto, un abuso de confianza (apropiación indebida); el depositario, Pedro, según el artículo 1525 del Código Civil, ya citado, tiene el poder jurídico de “quedarse” con la suma de dinero que Juan le había entregado; el negocio jurídico celebrado por Juan y

Pedro tiene causa ilícita, pues el dinero se “puso” a nombre de Pedro para defraudar al fisco. No puede Juan, por supuesto, pretender acudir, para que se le proteja su patrimonio, al mismo Estado al que buscó defraudar con su actuar ilícito. Juan, conscientemente, se ubicó al margen del derecho; será él quien deba asumir la realización de los riesgos que entrañe el negocio ilícito que decidió emprender.

Piénsese, también, por ejemplo, en el caso del testaferro que contribuye a lavar los activos de otro, producto de un tráfico ilegal de estupefacientes, y decide no devolverlos; también, en el evento del mensajero que se apodera de la suma que le fuere entregada para contratar a un sicario para matar a otro. Ni el testaferro ni el mensajero pueden, en tales casos, ser calificados como autores de atentados contra el patrimonio económico.

3) Una propuesta metodológica

En escritos anteriores, hemos planteado, explícita e implícitamente, en parte, una propuesta metodológica para la resolución de casos que puede resumirse así: el análisis de un caso concreto requiere, por supuesto, de una rigurosa elaboración dogmática previa; para que dicha construcción dogmática sea rigurosa, esta deberá soportarse en unas pulidas teorías generales particulares, las cuales, a su turno, solo podrán existir en su condición de tal, en tanto se hallen soportadas en la teoría general del derecho; por su parte, la teoría general del derecho, como cualquier construcción científica, deberá edificarse sobre cimientos filosóficos; solo es comprensible la parte si se le reconduce al todo; la filosofía es condición necesaria, aun cuando no suficiente, para la construcción de una rigurosa ciencia del derecho y, por ende, para el análisis no menos serio de los casos concretos.

Así, solo es posible saber si en el caso estudiado se configura o no una estafa si, previamente, se comprende qué es el delito; solo es posible saber qué es el delito si, previamente, se entiende lo que es un acto ilícito o antijurídico; solo es posible asimilar el concepto de acto ilícito si, con antelación, se ha reparado sobre si hay *mala in se* o *mala prohibita*; solo es posible entender si hay *mala in se* o *mala prohibita* si, con el debido cuidado y la debida capacidad de abstracción, se ha estudiado y comprendido el problema filosófico del ser, de la naturaleza de las cosas, de la realidad.

Veamos:

La ciencia del derecho se encuentra compuesta, como lo hemos ya señalado en otros escritos, por tres plantas o niveles de abstracción (Solano, 2016, pp. 227 y ss.):

Todo objeto, para ser apreciado adecuadamente, requiere de cierta distancia; de una distancia temporal, como la exigida por el objeto susceptible de ser reconstruido históricamente, en tanto el historiador ha de esperar a que las circunstancias, en que los hechos se incrustan, se hayan quietado; de una distancia espacial, como la exigida por la piedra, que requiere de ser aproximada a la vista hasta verle sus poros –los mismos a cuya percepción ha de renunciarse, si se trata, por el contrario, de una catedral, toda vez que para su contemplación es menester alejarse–; de una distancia espiritual, como la que ha de tener el artista respecto de la situación que pretende recrear, pues quien *vive* la situación no la *contempla* y quien la *contempla* no la *vive* –la mujer del moribundo no contempla su muerte; la vive– (Ortega, 1983a, pp. 360 y ss.), distancia espiritual esta que, los procesalistas, a propósito de la relación de separación que ha de existir entre el juez y el litigio, procesado y enjuiciado, llaman *im-parcialidad* –quien hace *parte* del litigio no puede contemplarlo, pues lo está viviendo–.

Así mismo, existen ciertos objetos que, para ser tratados con la debida pulcritud y percibidos en su más acendrada desnudez, liberándolos así de los ruidos propios del *movimiento*⁵, exigen de una distancia intelectual que permita comprenderlos, hacerlos propios, asimilarlos; son los objetos del conocimiento.

Comprender es, precisamente, sustituir el número infinito de fenómenos, la mayor parte de ellos en movimiento, por un repertorio limitado de conceptos; mientras más limitado sea dicho repertorio, más intensa será la comprensión. Y ¿cómo se produce esa sustitución? A través de una operación mental llamada *abstracción*, que consiste en suprimirle una o más notas a un determinado concepto –la primera supresión se le realiza no propiamente

a un concepto sino a una intuición–, con miras a obtener otro concepto, de mayor extensión y de menor contenido. La abstracción –de *abstrahere*, que significa sacar– es, pues, la función principal del pensamiento, que es actividad; la inteligencia, que es la capacidad de abstracción, es el músculo con el que se realiza tal actividad (Ortega, 1983b, pp. 457 y ss.).

Para comprender es preciso, pues, *formar* y echar mano de los conceptos –de *concupere*, *capere cum*, coger con–, esto es, de los instrumentos mentales que sirven para asir, encauzar, darles forma a las intuiciones –de *intueri*, ver–, que son las imágenes, impresiones producidas en la mente, con ocasión del contacto directo con las cosas. Por ello, el contenido de los conceptos es lo que hay entre las cosas, y lo que hay entre las cosas no son más que límites (Ortega, 1976, p. 141). Para la comprensión se requiere, en consecuencia, tanto de la forma o “formaleta” como de la materia o contenido, tanto del concepto como de la intuición; los conceptos sin las intuiciones son vacíos, las intuiciones sin los conceptos son ciegas (Kant, 2002, p. 93).

Pues bien, la comprensión del fenómeno jurídico, en cualquiera de sus dimensiones, exige tanto de intuiciones como de conceptos; las primeras, se hallan, sobre todo, en las dogmáticas particulares; los segundos, especialmente, en las teorías generales-particulares y en la teoría general del derecho. ¿Por qué? Porque el edificio de los conceptos jurídicos –jurídico, como ya se advirtió, es lo relativo o perteneciente al Derecho– se encuentra compuesto por tres plantas o niveles de abstracción: en primer lugar, los conceptos jurídicos, difícilmente separables de las intuiciones, propios de cada derecho positivo en particular o, mejor, de cada parcela de este; en segundo lugar, los conceptos jurídicos que son comunes a **una** misma parcela de **todos** los derechos positivos existentes y posibles; y, en tercer lugar, los conceptos jurídicos que son comunes a **todas** las parcelas de **todos** los derechos positivos existentes y posibles.

Así, del estudio de los conceptos que se hallan en el “sótano” o primer nivel de abstracción se ocupan las denominadas dogmáticas particulares: dogmáticas civil, comercial, penal, laboral, procesal, constitucional, administrativa, ambiental, entre otras. La dogmática jurídica es, pues, el saber que tiene por objeto la reconstrucción sistemática de los **contenidos** de un derecho positivo en particular o, mejor, de cada parcela de este, con miras a explicar, en una forma coherente, qué es lo prescrito por ese derecho, res-

⁵ Entendida esta expresión, movimiento (*Kínesis*), según lo visto, como todo cambio o modificación.

pecto de quiénes se encuentran prescritos y en qué circunstancias (Guastini, 1999, pp. 23 y ss.).

Por su parte, las teorías generales – particulares, que suelen ser confundidas con las dogmáticas particulares, se encargan del pulimento analítico de los conceptos que conforman el segundo nivel de abstracción, es decir, de aquellos comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles. Es admisible y así debería hacerse, por tanto, la construcción de una teoría del delito, de una teoría del proceso, de una teoría del acto de comercio, etcétera, que prescindiesen de lo prescrito por tal o cual derecho positivo en particular.

Por último, en el más alto grado de abstracción, lo que de por sí excluye de su elaboración a una buena parte de los seres humanos –como quiera que si bien todos tienen inteligencia (capacidad de abstracción), existen diversos grados de la misma– se sitúa la teoría general del derecho, que es una filosofía del derecho hecha por juristas (Guastini, 1999, p. 17), cuyo objeto de estudio, principalmente, lo componen el concepto de derecho y los llamados conceptos jurídicos *fundamentales*. Valga decirlo, pese a que sea obvio –lo obvio por sernos transparente usualmente no lo vemos (Ortega)– si existen unos conceptos jurídicos que son fundamentales, es porque hay otros que no lo son. ¿Cuáles sí lo son? Aquellas formas, “formaletas”, aquel “ropaje”, esto es, aquellos conceptos que son comunes a todas las parcelas de todos los derechos positivos existentes y posibles, con independencia de los contenidos que a esos continentes les asigne cada parcela de cada derecho positivo en particular. Por ejemplo: los conceptos de sanción, acto ilícito, deber jurídico (comprendiendo, en esta *denominación*, los conceptos de deber propiamente dicho, de obligación y de carga), derecho subjetivo, responsabilidad, persona, privilegio, no derecho, potestad, sujeción, inmunidad, incompetencia, acto jurídico, bien jurídico.

Todos esos conceptos, se insiste, son comunes a **todos** los sectores de **todo** derecho positivo, *verbi gratia*, en todos ellos existe el concepto de sanción, el de acto ilícito y el de derecho subjetivo, con independencia de cuáles sean los actos ilícitos previstos en el derecho español, cuáles las sanciones prescritas por el derecho penal suizo y cuáles los derechos subjetivos del vendedor según el derecho civil chileno.

Por supuesto, en cuanto se asciende en los niveles de abstracción del pensamiento jurídico, va disminuyendo el número de los conceptos y va aumentando el grado de la comprensión; son más numerosos los conceptos de las dogmáticas que los de las teorías generales particulares, y son más numerosos los conceptos de estas últimas que los de la teoría general del derecho.

La teoría general del derecho es, pues, la distancia intelectual, la mayor, necesaria para apreciar con pulcritud el fenómeno jurídico, para contemplarlo inmóvil, en su mayor estado de cribada y acendrada desnudez; solo pueden comprenderse, tomarse posesión de los contenidos de cada parcela de un derecho positivo en particular –esto es, construirse una rigurosa dogmática jurídica–, si previamente se comprenden esas formas, “formaletas”, ese “ropaje” que envuelven esos contenidos, atribuyéndoles sentido, otorgándoles significado; solo se entiende, por ejemplo, qué conductas son delictivas desde la perspectiva de un determinado derecho positivo, si se comprende qué es el delito, y, solo se comprende qué es el delito, si se comprende qué es, desde la perspectiva de la teoría general del derecho, el acto ilícito.

El jurista, por tanto, se caracteriza no por conocer las realidades jurídicas, sino las posibilidades jurídicas (Guasp, 1996, pp. 87 y ss.); no por conocer los “mapas” o enunciados normativos, sino por comprender la “cartografía jurídica”: quien sabe cartografía puede enfrentarse a cualquier mapa; quien solo mapas conoce (“ingeniero de leyes o artesano de disposiciones”), si bien tiene la posibilidad de descrestar a algunos incautos, que en la actualidad son los más, ni siquiera los comprenderá. Es, pues, la teoría general del derecho la lente para des-velar el fenómeno jurídico, para contemplar y comprender su fisonomía e, incluso, sus “patologías”.

Ahora bien, la teoría general del derecho es condición necesaria, mas no suficiente, para comprender el fenómeno jurídico, porque, en primer lugar, toda discusión científica gravita sobre una discusión filosófica –hay que salir de la casa para poder verle la fachada (Carnelutti, 2000, p. XV)–, y, en segundo lugar, es necesaria la elaboración, además, de las teorías generales particulares y de la dogmática jurídica, pues, re-cordando –volviendo a pasar por el corazón– lo dicho por Kant, si bien las intuiciones sin los conceptos son ciegas, los conceptos sin las intuiciones son vacíos. De nada sirve, por ejemplo, saber qué es un derecho subjetivo, si se desconocen los derechos subjetivos que el derecho colombiano atribuye al vendedor; he ahí

el pecado –dicho, por supuesto, metafóricamente– de quienes se dedican solo al estudio de la teoría general del derecho, por regla general, de los “juristas de tablero”.

Ello explica, pues, el porqué del cansancio intelectual que suele sentir todo aquel que se dedica, con seriedad y radical autenticidad, al estudio del derecho; tener que estar desplazándose por los distintos niveles de abstracción del edificio de los conceptos jurídicos y, en ocasiones, tener el deber de salir del edificio para, en perspectiva filosófica, intentar descubrir sus perfiles; el cansancio al que aquí se alude, por supuesto, en modo alguno se debe al producido por el esfuerzo físico de aquellos que, por su ausencia de formación filosófica o de capacidad de abstracción, pretenden superarlas –prevalidos, por momentos, de una férrea y admirable disciplina– con una incesante búsqueda de citas bibliográficas.

Así las cosas, para el análisis serio del delito, debe tenerse en cuenta la siguiente reflexión *iusfilosófica* sobre el concepto jurídico fundamental llamado “acto ilícito o antijurídico”, que, por lo demás, tiene un profundo impacto metodológico (Solano, 2016, pp. 234 y ss.):

(Para el positivismo jurídico) el acto antijurídico es el acto condicionante de una sanción. En esta construcción teórica, un acto es antijurídico solo si el derecho le atribuye una sanción; un acto es antijurídico porque el derecho lo sanciona, mas no lo sanciona porque sea antijurídico; no existen ilicitudes sustanciales, ilicitudes por fuera del derecho positivo; no existe *mala in se*, sino *mala prohibita*; no existen actos que sean en sí mismos ilícitos; un acto es ilícito, en suma, solo porque el derecho positivo le atribuye una sanción (Kelsen, 1995, 59 y ss.).

Pongamos un ejemplo extremo para entender lo dicho: si hoy el legislador crea una norma por vía de la cual se sanciona el hecho de ir a misa los domingos, ir a misa se convierte en un acto antijurídico. Para el positivismo jurídico, recordémoslo, la esencia del derecho está en su forma, no en su contenido.

Por el contrario, para el *iusnaturalismo* hay *mala in se*, como quiera que la conducta posee, en sí misma, una estructura ontológica, un ser, una esencia, una naturaleza que determina su sentido, significado, valor, licitud o

ilicitud. Para el *iusnaturalismo*, pues, la conducta tiene un ser que determina el deber ser, esto es, que determina la forma en que el hombre ha de normarla, disciplinarla o regularla; para esta corriente, en suma, hay ilicitudes sustanciales; una conducta es ilícita, porque en sí misma es indebida; el derecho positivo le atribuye una sanción a un acto determinado porque este es ontológicamente ilícito, mas no es que sea ilícito porque el derecho positivo le atribuya una sanción.

Con todo, para entender lo dicho es preciso comprender las dos grandes y opuestas posturas que han sido expuestas sobre el ser o la “naturaleza de las cosas” y que han atravesado toda la historia del pensamiento. Estas posturas que, valga decirlo, se apoyan en diversas reflexiones filosóficas e, incluso, teológicas, encuentran, ya, en el mundo presocrático, específicamente, en los pensamientos de Parménides y de Heráclito, su más sugerente manifestación.

Así, como ya lo dijimos, fue Parménides (2007) el primer filósofo en diferenciar al ser de los entes; el primero es uno, necesario, inmóvil, imperecedero, verdadero, totalmente lleno y sin vacíos; los segundos, que por esencia tienen movimiento, son múltiples, contingentes, limitados, verdaderos o falsos, perecederos. Para Parménides, entonces, hallar la verdad del ente (*aletheia*) consiste en descubrir su ser, en descubrir aquello que unifica la multiplicidad de las cosas; todos los entes tienen algo en común: son; en el ser caben todos los entes. Según este filósofo, por tanto, los entes poseen un ser, que se halla latente en ellos, y que es preciso descubrir, con miras a establecer su sentido, significado y valor (pp. 19 y ss.).

Para Heráclito, por el contrario, “la naturaleza gusta de ocultarse”⁶; todo fluye, todo cambia, todo se encuentra en permanente movimiento. Según este pensador “nadie se baña dos veces en el mismo río” (Platón, 2011, 557 - 558), pues tanto el río como quien baja a él por segunda vez no son ya los mismos; para los eleáticos, los seguidores de Parménides, el agua del río cambia, pero su ser permanece. Parménides y Heráclito, pues, darán lugar a que fluyan las dos grandes y opuestas corrientes que, en constante lucha,

⁶ Aunque para algunos, como por ejemplo, para Julián Marías (1981), no existe solución de continuidad entre el pensamiento de Parménides y el de Heráclito (pp. 26 y ss.).

habrán de integrar lo que ha sido y es el torrente de la producción espiritual (teología, filosofía, ciencia, arte, política, religión) en Occidente.

Pues bien, en la Edad Antigua, Parménides hubo de influir sobre los filósofos; Sócrates, Platón y Aristóteles, los más importantes entre ellos, sostuvieron que la verdad, la bondad y la belleza son absolutas, pues no dependen de las opiniones de los individuos, sino de unas esencias inmutables y universales. Para Platón, por ejemplo, existe el mundo de las ideas, paralelo al mundo de las apariencias, compuesto por unas esencias, las ideas, que constituyen la realidad o ser perfecto de las cosas, cuya existencia, la de las cosas, se verifica en el mundo de las apariencias. Platón, pues, según lo dicho por Nietzsche, sembró la creencia, de la que se valió el cristianismo, en la existencia de una duplicidad de mundos: uno de ellos perfecto e incorruptible, el trascendente; el otro imperfecto, contaminado y corruptible, el que habitamos (Marías, 1981, pp. 42 y ss.).

Por su parte, Heráclito hubo de influir sobre los sofistas, esto es, sobre aquellos que, a diferencia de los filósofos (amantes de la sabiduría; *quienes la buscaban*), decían poseer ya la sabiduría, pues, según ellos, el sentido, el significado y el valor de las cosas son relativos, sin que sea menester buscarlos por fuera del individuo. Para Protágoras, el más ilustre de ellos, por ejemplo, “el hombre es la medida de todas las cosas; de las que son en cuanto que son, y de las que no son en cuanto que no son”; es el hombre quien determina el ser de las cosas; es el hombre quien determina su verdad, bondad y belleza (Goñi, 2010, pp. 27 y ss.).

Para los filósofos, entonces, hay naturaleza, entendiéndose por tal, en el sentido aristotélico de la expresión, aquello que permanece en el cambio; la mandarinidad permanece en la mandarina, pese a que esta se va corrompiendo hasta desaparecer. Para los sofistas, por el contrario, no hay naturaleza; solo hay lo que más adelante se llamará “cultura”. Según los primeros, las cosas, las personas, las situaciones, las conductas poseen un ser, una estructura ontológica, una realidad metafísica que determina la forma en que el hombre ha de habérselas con ellas; para los segundos el hombre es quien les da el ser a las cosas, determinando, así, su sentido, significado y valor. Es evidente, pues, que al *iusnaturalismo* subyace, en la Edad Antigua, el pensamiento parmenídeo y el de los filósofos; al positivismo jurídico,

el heraclíteo y el de los sofistas; los unos sostienen que hay *mala in se*; los otros, que hay *mala prohibita*.

Parménides y Heráclito tuvieron, también, resonancia en la Edad Media, época esta de la historia que, pese a haber sido el escenario temporal de profundas disputas filosóficas y del surgimiento de las universidades, no ameritó para los historiadores, siquiera, un nombre propio, distinto del de ser un simple intervalo de oscuridad entre dos períodos luminosos (Soto, 2007, pp. 13 y ss.).

Empero, no es posible referirnos, rigurosamente, a dicha resonancia, sin antes aludir, al menos someramente, a un personaje extraordinario cuya aparición hace algo más de dos mil años, produjo enormes repercusiones en la historia; se trató, por supuesto, de Jesús de Nazaret, Jesús el Cristo (ungido), Jesucristo. Este hombre, de cuya existencia histórica dan cuenta los Evangelios y algunos textos paganos, como la obra de Flavio Josefo (Lenoir, 2010, pp. 27 y ss.), es, para los creyentes, el Cristo, el Hijo de Dios. Según los Evangelios, este Hombre-Dios es “el camino, la Verdad y la vida”; es, en términos metafísicos, la revelación del ser de las cosas, de su sentido, significado y valor. Dicho *ser* consiste, pues, en que el mundo ha sido creado para que el hombre, quien a su turno ha sido creado a imagen y semejanza del Creador, se santifique en él, por medio del amor (*caritas*), alcanzando, así, su tránsito a una vida eterna.

Ahora bien, referirse a la Edad Media no es más que aludir a la historia del esplendor del cristianismo; este, que alude tanto a una religión como a un sistema de creencias, logró una enorme fuerza cultural, por varias razones: en primer lugar, por haberse erigido en la religión oficial del Imperio Romano por virtud del Edicto de Tesalónica, proferido por Teodosio el 27 de febrero del 380, y que embrionariamente comenzó con la conversión, en su lecho de muerte, de Constantino y la anterior expedición de su parte del Edicto de Milán en el año 313 (Johnson, 2010, pp. 95 y ss.); en segundo lugar, por la aparición de los mártires, esto es, de aquellos testigos que, por la Verdad, estuvieron dispuestos a firmar su testimonio con la propia sangre (Ruiz, 2003, pp. 3 y ss.); y, en tercer lugar, lo que es válido solo para los creyentes, por ser la religión querida por Dios.

Así las cosas, la resonancia anunciada, en la Edad Media, se produjo en aquella disputa que, en términos filosóficos, atravesó toda esa época; nos referimos, pues, a la que tuvo lugar entre realistas y nominalistas (Goñi, 2010, pp. 105 y ss.). Dicho debate filosófico versó sobre los *uni-versales* (uno que es predicable de muchos; *verbi gratia*, animalidad, humanidad, pupitridad, etc.). Porfirio, filósofo neoplatónico, abrió ese debate formulando tres preguntas: ¿existen las esencias (*quiddidades*)?; y, si existen, ¿están en las cosas o por fuera de las cosas?; y, si no existen, ¿qué son los universales? (Cfr. Sánchez, 2012).

Recordemos, pues, que la esencia es aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra. Se preguntaron, entonces, los filósofos por si los universales son esencias; y, si lo son, por si están en las cosas o por fuera de las cosas; y, si no lo son, qué son. Sobre la *questio* de los universales se produjeron tres grandes corrientes del pensamiento: las primeras dos son llamadas realistas o esencialistas; la tercera, nominalista.

Para las corrientes realistas, que se encuentran en la línea trazada por Parménides y los filósofos de la antigüedad, los universales son esencias que ontológicamente preceden a la existencia de las cosas; las cosas son lo que son en tanto ejecutan una esencia; los pupitres son pupitres por cuanto ejecutan una esencia llamada pupitridad. Existieron dos vertientes: la aristotélico-tomista y la agustiniano-platónica.

Para la primera, la de Tomás de Aquino siguiendo el pensamiento de Aristóteles, los universales son entes de razón con fundamento en las cosas; las esencias están en las cosas y se descubren a través de un proceso de abstracción. Para la segunda, la de Agustín de Hipona siguiendo a Platón, esas esencias no se hallan en las cosas sino por fuera de ellas; las esencias son ideas, en el sentido platónico de la expresión; son las ideas en la mente de Dios; Dios crea al pensar. La idea, en el sentido platónico, es el ser perfecto; las cosas que existen en el mundo se aproximan más o menos a esos seres perfectos que son las ideas; la blancura es una idea, mas no existe una cosa que sea absolutamente blanca.

Por el contrario, para los nominalistas (Duns Escoto, Guillermo de Ockham), que se encuentran en la línea trazada por Heráclito, en el mundo solo hay individuos, no hay esencias. Los universales, por tanto, son pro-

ducto de convenciones, de pactos entre los hombres, cuya existencia se da con posterioridad a la existencia de las cosas, de los individuos. Como el hombre no puede conocer la individualidad de cada individuo, que solo es conocida por Dios, se ve obligado a crear los universales, para habérselas, para tratar con las cosas.

Los universales, pues, son, para estos últimos, simples términos (lenguaje) que invitan a sustituir el número infinito de los individuos por un concepto radicado en nuestra mente; los universales se obtienen de establecer diferencias y semejanzas entre las cosas, entre los individuos, mas no son esencias; no son *ratio essendi* sino *ratio cognoscendi* de las cosas.

En el derecho, por supuesto, el realismo filosófico conduce a sostener posturas *iusnaturalistas*, a afirmar que hay *mala in se*; el nominalismo, a sostener tesis *iuspositivistas*, a afirmar que hay *mala prohibita*. Para el realismo filosófico el derecho natural es la esencia que, ontológicamente, precede a la existencia del derecho positivo; el derecho positivo solo es derecho si ejecuta dicha esencia. Para el positivismo jurídico, por el contrario, solo existe el derecho positivo, sin que exista una esencia que ontológicamente lo preceda (Solano, 2012, pp. 95 y ss.). Según los primeros, hay naturaleza; según los segundos, solo hay cultura.

Por ello, por ejemplo, Guillermo de Ockham (2001), franciscano, en una obra llamada *Sobre el gobierno tiránico del papa*, formuló, pese a ser sacerdote, una tesis positivista sobre el derecho: la ley natural, según Ockham, rige solo las cosas espirituales; las cosas temporales las rigen los hombres a través de sus pactos y convenciones (pp. 89 y ss.). Ockham escribió esa obra, amparado por Ludovico de Baviera, para oponerse al Papa Juan XXII, diciéndole que él solo tenía autoridad sobre las cosas espirituales, mas no sobre las cosas temporales. Ockham y los nominalistas, sin duda, les abrieron el paso a los protestantes (Lutero, quien cuestionó el “principio de autoridad” y defendió el “libre examen”) y a la Modernidad (Alvear, 2013, 47 y ss.).

Todo ese debate entre nominalistas y realistas, franciscanos y dominicos, se encuentra bellamente recreado en una novela de Umberto Eco (2007) llamada *El nombre de la rosa*. Sobre el particular, véanse, también, los hermosos versos, ya citados, de Borges (2005), en su poema *El Golem* (p. 193).

Por otra parte, los pensamientos parmenídeo y heraclíteo encontraron, también, eco en la Edad Moderna, resultando triunfador el segundo sobre el primero. La Modernidad, en rigor, más que un segmento de la historia es una actitud del hombre en la que se materializa su pretensión por desligarse de todo dato ontológico previo, en filosofía, ciencia, arte, política, religión (Alvear, 2013, pp. 29 y ss.). Kant, el filósofo moderno por excelencia, con su exhortación al *sapere aude*, caracteriza a esta etapa de la historia por ser el tránsito del hombre de su minoría a su mayoría de edad; en aquella, la minoría de edad, el hombre construye su existencia a partir de una Verdad revelada, de un ser metafísico del que es depositario e intérprete auténtico la Iglesia; en esta, la mayoría de edad, el hombre proyecta su existencia a partir de su racionalidad (Alvear, 2013, pp. 107 y ss.).

La Modernidad, pues, supone, entre otras cosas, un cambio de paradigma en lo relativo a la libertad: la libertad cristiana, la libertad en la Edad Media, es libertad en la Verdad; la “Verdad os hará libres”; por fuera de la Verdad solo queda la esclavitud del pecado. En la Modernidad, la libertad solo es concebible sin la Verdad; la Verdad os hará esclavos; solo se puede ser libre si se desoye esa supuesta realidad metafísica y se hace uso de la racionalidad.

En el plano político, la Modernidad hizo surgir un nuevo modelo de Estado, distinto del modelo propio de los Estados Pontificios. En este último, fue la Iglesia, depositaria de la Verdad revelada, la que hubo de determinar el contenido que habría de tener el derecho positivo, y la que se ocuparía de guiar el actuar político del Estado. El Estado Moderno, por el contrario, para afirmar su soberanía, siendo el *principio* de sus decisiones, se constituyó como Estado laico, separado de la Iglesia, y pretendió garantizar la libertad de conciencia; lo público habría de gobernarse solo por la razón; las creencias solo serían admisibles, según este modelo, en el ámbito de lo privado (Alvear, 2013, pp. 183 y ss.).

Así, la libertad de conciencia constituyó, en la Modernidad, la libertad por excelencia, pues ella resultaría ser condición necesaria para el ejercicio de todas las demás libertades; el sentido de la locomoción, de la expresión del pensamiento, de la actividad sexual, entre otras, dependería del sistema de creencias por el que optase el individuo.

En rigor, la Modernidad, como ya se dijo, más que un segmento de la historia, es la manifestación de una actitud vital que ha existido desde siempre; es el triunfo de Heráclito, de los sofistas, de los relativistas, de los nominalistas, de los *iuspositivistas*, del discurso de la *mala prohibita* sobre el de la *mala in se*. Todo lo dicho se encuentra subyacente al auge que, en esta época, tuvo el principio de legalidad, como quiera que, al no reconocerse la existencia de ilicitudes sustanciales, el ilícito, siempre formal, habría de estar exhaustivamente tipificado por la ley.

Ahora bien, puede afirmarse, metafóricamente, que Eva fue el primer hombre moderno de la historia: se nos dice en el Génesis –libro este que, según la Biblia de Jerusalén, fue escrito, aproximadamente, diez siglos antes de Cristo– que Dios creó a Adán y, de una costilla de este, a Eva, para que no estuviera solo. Adán y Eva fueron situados por Dios, inicialmente, en el Paraíso. Dios les dio libertad, permitiéndoles comer de cualquier árbol del jardín, menos del árbol de “la ciencia del bien y del mal”. Apareció la serpiente, símbolo de la tentación (Kant lo sería en la Modernidad), prometiéndole a Eva que si llegasen a comer del fruto del árbol prohibido “os abrirán los ojos y seréis como dioses”. Eva cedió a la tentación y comió de dicho fruto (caída original); luego, le daría de comer a Adán, quien también caería. Consecuencia: sentimiento de vergüenza, expulsión del Paraíso, parto con dolor, condena a ganar el pan con el sudor de la frente...

Eva, entonces, en un sentido metafórico, fue el primer hombre en ejercer la moderna libertad de conciencia; fue el primer heraclíteo, sofista, relativista, *iuspositivista*; pretendió ser ella, al comer del fruto del árbol prohibido, quien determinara qué es lo bueno y qué es lo malo. La disputa filosófica, pues, sobre si hay *mala in se* o *mala prohibita*, que se encuentra sugerida, también, en la mitología griega (*physis vs nomoi*), tiene, incluso, connotaciones teológicas, como quiera que Dios es, precisamente, el que determina el ser, la realidad, la naturaleza de las cosas; el que determina su sentido, significado y valor. En la Modernidad, el hombre, jugando a ser dios (antropocentrismo), desplaza, al determinar el *ser* de las cosas, al Dios de la tradición judeo-cristiana (teocentrismo).

La perspectiva teológica tiene, entonces, repercusiones filosóficas y, por supuesto, jurídicas. Para el teísmo, por ejemplo, Dios existe al margen del mundo, lo ha creado de la nada y lo ha ordenado teleológicamente; siendo

ello así, hay un *ser* en las cosas que el hombre ha de descubrir o que le habrá de ser revelado. Para el deísmo, Dios existe al margen del mundo, lo ha creado de la nada, mas no interviene en su discurrir temporal; siendo ello así, tendrá el hombre que determinar, a través de un acto de voluntad, el sentido de lo temporal.

Así, la postura teológica de los nominalistas es, por ejemplo, claramente deísta; ellos sostienen una concepción voluntarista de Dios, según la cual Este no se halla sujeto a la razón, pues, de lo contrario, no sería omnipotente, estando sujeto exclusivamente a su propia voluntad. Dios no quiere las cosas porque sean buenas; las cosas son buenas porque Dios las ha querido; no hay *mala in se* sino *mala prohibita*; matar a otro es malo porque Dios lo ha prohibido, mas Dios pudo, perfectamente, en vez de prohibirlo, haberlo ordenado, tal y como lo revela algún pasaje bíblico en el que Dios le ordena a Abraham sacrificar a su hijo. Los designios de Dios son, pues, inescrutables para el hombre (Welzel, 2005, pp. 85 y ss.); “la naturaleza gusta de ocultarse”.

El deísmo produce, en rigor, las mismas consecuencias que el ateísmo; para este, Dios no existe; el mundo no es cosmos (orden) sino caos; el mundo es, simplemente, materia prima que el hombre puede libremente intervenir, dotándola de sentido, significado y valor. A algo similar, conduce, también, el panteísmo, para el que Dios (dios, mejor) se confunde con el ser, con la totalidad envolvente, latente en todas las cosas. Se trata, pues, de una postura inmanentista de la divinidad, contraria al trascendentalismo teísta, que, al confundir al Ser con el ser, termina este significando tantas cosas que no significa ninguna. El teísmo conduce, así, al *iusnaturalismo*; el deísmo, el ateísmo y el panteísmo, al positivismo jurídico.

Con todo, políticamente, la Edad Media, el reconocimiento de la *mala in se* y, por ende, de la Iglesia como depositaria de la Verdad revelada, desembocó, desafortunadamente, en la Inquisición; la Modernidad, el reconocimiento de la *mala prohibita* y, por ende, del Estado atribuyéndose rasgos de divinidad al ser la materialización de la racionalidad absoluta, en los campos de concentración de los Estados totalitarios del siglo XX. Se habla, hoy, así, del fracaso del proyecto de la modernidad, y de la aparición de una nueva época: la Posmodernidad (Massini, 2005, pp. 275 y ss.).

La Posmodernidad se ocupa, pues, de de-construir el sueño de la Modernidad, pretendiendo, sin, supuestamente, reivindicar esencias, denunciar las patologías de la razón que determinan las estructuras de poder y las distintas manifestaciones culturales del hombre. Sin embargo, terminan, algunas de sus manifestaciones, como ocurre, en el derecho, con el llamado neoconstitucionalismo, con ser *iusnaturalismos* soterrados, en los que el depositario de la Verdad revelada no es ya la Iglesia, ni un legislador representante de las mayorías, sino un tribunal constitucional integrado por unos cuantos sabios neo-ilustrados, que, revestidos de un ropaje cuasidivino, imponen a la sociedad su particular sistema de creencias.

Otras manifestaciones de la Posmodernidad, como lo son las teorías críticas, pretenden, propugnando por la desaparición del Estado y del ejercicio formalizado de la violencia, el que exista no un mejor derecho, sino algo mejor que el derecho, por vía de lo cual se reconozca al otro en su individualidad, sin someterlo a las formas jurídicas. Tales teorías, que se encuentran en la línea del pensamiento heraclíteo, no reconocen la existencia de *mala in se*, y pretenden evitar, en un ejercicio de comprensión del prójimo, el que haya, incluso, *mala prohibita* (Cfr. Ruiz, 2013).

Una última observación: entender el acto antijurídico como *mala in se* o como *mala prohibita* comporta profundas consecuencias metodológicas en el análisis de lo ilícito; si se afirma que hay *mala in se*, el análisis habrá de consistir en bucear en las entrañas ontológicas del acto con miras a determinar sus elementos –ontologicismo–; si se sostiene que hay *mala prohibita*, será necesario partir del estudio de los criterios valorativos, relacionados con las funciones que el derecho positivo deba desplegar en la sociedad, a partir de los cuales este provee de sentido a la conducta –normativismo– (Cfr. Silva, 2002).

Pues bien, concretemos lo dicho, en la teoría del delito, a partir de un breve recuento de lo que ha sido la evolución de la dogmática jurídico penal:

Como es sabido, si bien la ciencia del derecho penal nace en Italia, es Alemania el país en el que aflora, y tiene sus más fecundos desarrollos, la dogmática penal propiamente dicha; suele señalarse a Karl Binding, uno de los máximos exponentes del positivismo, como el padre de la misma. A diferencia de lo ocurrido en Italia –donde históricamente se han asignado

distintos objetos y, por ende, distintos métodos de estudio a la ciencia del derecho penal—, en Alemania, esta, la ciencia del derecho penal, entendida como dogmática jurídico penal o estudio sistematizado del derecho positivo, ha tenido por método de estudio al método dogmático, impregnado, en ocasiones, por las valoraciones provenientes de la política criminal y por las elaboraciones de otras disciplinas como la criminología, e, incluso, de disciplinas extrajurídicas como la sociología y la psicología.

Referirse, por tanto, a la evolución de la ciencia del derecho penal en Alemania consiste, en esencia, en aludir a lo que ha sido la evolución del método dogmático, es decir, la evolución de la(s) particular(es) forma(s) de aproximación al estudio del derecho positivo (Mir, 2002, pp. 153 y ss.). La variación del método dogmático —interpretación, sistematización y crítica del derecho positivo— ha dependido, por supuesto, de lo que se ha entendido por “derecho positivo” —el objeto determina el método—, específicamente, de si hay (*iusnaturalismo*) o no (*iuspositivismo*) un derecho natural (esencia) que preceda a la existencia del derecho positivo.

Recordemos que, históricamente, ha habido dos grandes y opuestas corrientes del pensamiento jurídico: el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*. La primera sostiene que hay una esencia (derecho natural) que precede a la existencia del derecho positivo, siendo el derecho natural un conjunto de normas universales —que, según la vertiente de que se trate, emanan de Dios, de la racionalidad misma o de la naturaleza de las cosas—, inmutables, indelebles que informan los contenidos del derecho positivo; la segunda, por su parte, afirma la existencia exclusiva del derecho positivo, del derecho puesto o impuesto por el hombre. Para la primera, el hombre, al crear el derecho positivo, debe esforzarse por reconocer esas esencias y reproducirlas en las prescripciones normativas positivas; para la segunda, el derecho positivo es el producto de un acto de voluntad del hombre; para la primera, hay naturaleza, en el sentido en el que los griegos utilizaron esa expresión; para la segunda, solo hay cultura; para la primera, las cosas, las personas, las conductas poseen un ser, una estructura ontológica que determina su sentido; para la segunda, no hay dicho ser o, de haberlo, es inaccesible para el hombre; para la primera, hay *mala in se*; para la segunda, solo *mala prohibita* (Solano, 2016, pp. 285 y ss.).

En materia penal, esa disputa *iusfilosófica* ha tenido profundas repercusiones teóricas y dogmáticas⁷; como el supuesto de hecho de la norma penal es la conducta punible, hipotéticamente concebida, el método para el análisis de la misma (teoría del delito) atenderá, por supuesto, a si se entiende que hay *mala in se* o *mala prohibita*. Así, quienes parten de que hay *mala in se* —los llamados, aquí, *ontologicistas*, que no son otra cosa que los *iusnaturalistas* del pensamiento jurídico penal— sostienen que es preciso comenzar el análisis buceando en las entrañas ontológicas de la conducta, con miras a descubrir su sentido, su licitud o ilicitud; por el contrario, quienes afirman que hay *mala prohibita* —los llamados, entre los penalistas, *normativistas*, que son, simplemente, los *iuspositivistas* del pensamiento jurídico penal— advierten que, en tanto la conducta en sí misma es muda (carente de ser, de sentido), es preciso comenzar el análisis desentrañando las valoraciones hechas por el hombre al regularla, valoraciones estas relacionadas, diríamos hoy, en perspectiva funcionalista, con los fines de la pena o, lo que es lo mismo, con las funciones que el derecho penal *debe* desplegar en la realidad social.

Se trata, entonces, de posturas metodológicas radicalmente opuestas: para los ontologicistas ha de determinarse si hay delito, partiendo de las entrañas ontológicas del acto, para saber si hay lugar a imponer una pena en el caso concreto; para los normativistas, por el contrario, ha de determinarse si hay lugar a imponer una pena en el caso concreto, partiendo del análisis de las funciones que la misma ha de cumplir, para saber si hay delito. Para los ontologicistas, el contenido de las distintas categorías dogmáticas del delito, de esos distintos “recipientes” o continentes dogmáticos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) dependerá del ser de la conducta, de su “naturaleza”, de su “estructura ontológica”; para los normativistas, dicho contenido habrá que determinarlo valiéndose de las valoraciones hechas por el hombre al regular la conducta, valoraciones estas relativas a los fines que con tal regulación pretenden obtenerse.

⁷ Eso que los penalistas llaman dogmática jurídico penal cubre tanto a la dogmática jurídica propiamente dicha (reconstrucción sistemática de un derecho positivo en particular) como a varias teorías generales particulares (teoría general del derecho penal, teoría general del delito y teoría general de la responsabilidad penal), que se ocupan, estas últimas, de conceptos jurídicos comunes a una misma parcela (la penal) de todo derecho positivo existente y posible.

En la línea de pensamiento propia del normativismo es preciso ubicar, pues, aunque en forma apenas embrionaria, a esa primera corriente que los penalistas llamaron “el positivismo” –que tuvo su auge entre los años 1870 y 1900, y que no agota, por supuesto, las múltiples expresiones que el *iuspositivismo* ha tenido en materia penal–, cuyos máximos exponentes, con sendas vertientes, fueron los profesores Karl Binding y Franz von Liszt (Mir, 2002, pp. 187 y ss.); el primero, Binding, abanderó un positivismo que los penalistas calificaron de “normativista”, al proponer que la ciencia del derecho penal debía concentrarse en el estudio del derecho positivo, tal y como este es, prescindiendo de consideraciones valorativas referidas al deber ser del mismo; el segundo, F. von Liszt, un positivismo que los penalistas calificaron como “sociológico o naturalista”, al proponer la existencia de una ciencia del derecho penal integrada, que se ocupase, además del estudio sistematizado del derecho positivo (dogmática), de un análisis sociológico sobre las causas del delito y la eficacia de la pena (criminología) con miras a lograr una lucha efectiva en contra de la criminalidad (política criminal).

Con todo, el “positivismo”, en materia penal, estuvo inspirado por el positivismo científico o naturalista, según el cual solo puede hacerse ciencia sobre aquello que sea observable, cuantificable, empíricamente verificable; según esta corriente filosófica –que, en rigor, constituye la negación misma de la filosofía– la ciencia no puede soportarse en el inseguro terreno de la metafísica; no hay ser en las cosas, para efectos científicos; estas son mudas, careciendo en sí mismas de algún sentido. Esta corriente “filosófica”, en el derecho y, en general, en el mundo de la ética, condujo a afirmar que no hay *mala in se*, sino *mala prohibita* (*iuspositivismo*).

Recordemos, pese a que no vamos a ocuparnos en detalle de los esquemas del delito⁸, pues lo contrario excedería el propósito filosófico y metodológico de este escrito, que “el positivismo” produjo tanto el concepto dogmático del delito (el delito entendido como conducta típica, antijurídica y culpa-

⁸ Como es sabido, un esquema del delito es una particular forma de organización sistemática (por ende, abstracta) de los distintos elementos que, en general, integran el delito. Véase, sobre el detalle de cada esquema, la obra de Fernando Velásquez (2009), aunque este autor prefiere hablar de “conceptos de delito” (pp. 480 y ss.).

ble)⁹ como el llamado esquema clásico del delito; los positivistas, pues, no solo crearon esos recipientes o continentes dogmáticos, que aún perviven (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); propusieron, además, un determinado contenido para cada uno de esos continentes (esquema clásico o, mejor, esquema Liszt-Beling del delito).

Ese positivismo científico o naturalista impregnó, por supuesto, cada uno de esos recipientes dogmáticos: se entendió que el delito tiene dos caras claramente diferenciables: un aspecto objetivo, que se analiza en el injusto, y uno subjetivo, que se analiza en la culpabilidad; se partió de un concepto natural o causal natural de acción, según el cual la conducta es una inervación (o distensión, en el caso de las omisiones) muscular voluntaria que causa una modificación en el mundo exterior, llegándose, incluso, por el afán de evitar toda “contaminación” valorativa, a definirse la acción, en la injuria, como una agitación de las cuerdas vocales que produce unas ondas sonoras que se desplazan en el aire y que pueden llegar al oído de otras personas; se asumió un concepto “acromático” de tipo penal, según el cual este, carente de toda valoración, se halla compuesto solo por elementos objetivos, todos ellos descriptivos; se concibió, en principio, la antijuridicidad desde una perspectiva puramente formal, para luego concebirla, también, desde una perspectiva “material”, afirmándose que la conducta solo puede ser ilícita si provoca dañosidad social –colándose, así, en contravía con el punto de partida, un importante componente valorativo–; se afirmó un concepto psicológico de la culpabilidad, de conformidad con el cual esta consiste en el vínculo psicológico existente entre el hecho y el autor –vínculo que puede asumir dos modalidades: la dolosa y la culposa–, olvidándose que en la llamada culpa inconsciente ese vínculo no existe, y que puede haber casos en los que haya dolo o culpa y no culpabilidad –piénsese, por ejemplo, en un caso en el que se configure un estado de necesidad excluyente de esta–.

Ahora bien, al “positivismo”, como es sabido, le siguió el neokantismo, cuyo auge se dio entre los años 1900 y 1930 (Mir, 2002, pp. 207 y ss.); esta corriente debe ser ubicada, también, en la línea de pensamiento propia del normativismo; entre positivismo y neokantismo no hubo solución de con-

⁹ Liszt lo definió, inicialmente, como una conducta antijurídica, culpable y punible; luego Beling, en 1906, le introdujo al concepto la categoría dogmática de la tipicidad.

tinuidad; ambas corrientes del pensamiento negaron la existencia de *mala in se*; el neokantismo, sin embargo, impregnó la construcción dogmática con la idea de valor.

Así, los neokantianos, partiendo de las ideas expuesta por Kant en el plano epistemológico, pretendieron aplicarlas a esas nuevas ciencias, las del deber ser o del espíritu –que gracias al Historicismo de Dilthey adquirieron estatuto científico–, entre ellas, a la ciencia del derecho. Para los neokantianos, en las ciencias del deber ser o del espíritu, existen, también, unas categorías *a priori* que posibilitan el conocimiento, para el caso, la aprehensión de la conducta, de la vida biográfica del hombre; tales categorías son los valores. Las conductas, para ser comprendidas, es necesario valorarlas; empero, los valores, según ellos, son relativos, de tal manera que cada hombre capta de distinta forma la conducta; cada hombre, a partir de sus pre-juicios, de sus pre-comprensiones, parafraseando a Protágoras, es la medida de todas las conductas.

Los neokantianos, con sus dos escuelas, la de Marburgo –con H. Cohen a la cabeza– y la de Baden o sudoccidental alemana –en la que concurrieron penalistas–, sostuvieron, pues, un relativismo axiológico que los condujo a un subjetivismo epistemológico, según el cual es el sujeto el que determina el objeto, es el hombre el que determina el sentido de la conducta que pretende captar. Con razón, los neokantianos, en el plano *iusfilosófico*, fueron *iuspositivistas* –como ocurrió con Kelsen y con el primer Radbruch, antes de que este último se “convirtiese”, al asegurar que el “derecho” manifiestamente injusto no es derecho–, afirmando que no hay *mala in se* sino *mala prohibita*.

Por lo dicho, para ellos, los neokantianos, el legislador, al crear el derecho positivo, configura un mundo del deber ser radicalmente distinto al mundo del ser –entendiendo esta expresión no en su sentido metafísico, sino como *acontecer*–; el mundo del deber ser, amén de aludir a aquello que aún no es y que puede nunca llegar a ser, es el producto de pasar el acontecer, la conducta, por el filtro de las valoraciones del legislador, soportadas en valores relativos. Que las cosas sean como son no implica que deban ser como son; que las cosas deban ser de determinada forma, no implica que sean de esa forma (dualismo metodológico). De los juicios del ser no pueden derivarse juicios del deber ser, so pena de incurrir en una *falacia naturalista*; de los

juicios del deber ser no pueden derivarse juicios del ser, so pena de incurrir en una *falacia normativista*.

Esa postura filosófica neokantiana, como es sabido, determinó el origen del llamado esquema “neoclásico” del delito, cuyo más amplio y profundo desarrollo se le debió a Edmund Mezger (1963). Así, se impregnó de valoraciones (soportadas, por supuesto, en valores relativos) el contenido de las distintas categorías dogmáticas del delito: por ejemplo, algunos partieron de un concepto causal-valorativo de acción, entendiendo la conducta no como una simple inervación muscular sino como un comportamiento humano voluntario que causa una modificación en el mundo exterior –comportarse es portarse conforme a... lo que supone impregnar de valoración a esta categoría–; otros afirmaron un concepto social de acción, redoblando así el contenido valorativo de la conducta, al definirla como un comportamiento humano *socialmente relevante*; otros, asumiendo una postura sumamente coherente con su punto de partida, en tanto el soporte *iusfilosófico* de este esquema radicó, como ya se dijo, en que no hay *mala in se* y, por tanto, la conducta en sí misma es “muda” (carente de ser, de todo sentido), sostuvieron que el análisis del delito debía comenzar desde la tipicidad, pues es el tipo penal el que atribuye significado normativo (ser) a la conducta.

El punto de partida neokantiano llevó, también, por ejemplo, a sostener que el tipo penal no es “acromático”, sino que es el producto de una valoración, de una atribución de sentido a la conducta, lo que, por lo demás, condujo a “descubrir” los elementos normativos y subjetivos presentes, según ellos, en algunos tipos penales; por una parte, algunos tipos penales, se advirtió, contienen elementos objetivos que aluden a personas, situaciones o cosas para cuya captación es preciso hacer una valoración, no bastando con su percepción sensorial, como ocurre con la expresión “deshonrosa” contenida en el tipo de injuria, pues solo a partir de una valoración y no de una simple percepción mediante los órganos de los sentidos es posible determinar si una imputación es deshonrosa¹⁰; por otra parte, se advirtió que algunos tipos penales contienen elementos subjetivos distintos del dolo

¹⁰ En rigor, si, como lo afirma el filósofo, “no hay hechos sino interpretaciones” (Nietzsche), todo elemento objetivo del tipo es normativo, en mayor o menor medida.

–que en este esquema, como es sabido, se analiza en la culpabilidad–, pues el legislador *estima* que ciertas conductas solo resultan ser potencialmente lesivas para los bienes jurídicos si se despliegan con un particular propósito, como ocurre con la conducta constitutiva de hurto, pues el apoderamiento ha de estar acompañado del ánimo de obtener un provecho para sí o para otro, no siendo punible, por ejemplo, aquel que se realiza con el fin de jugarle una broma al dueño del objeto material.

Así mismo, dicho punto de partida posibilitó el que, en forma coherente, se propusieron teorías individualizadoras sobre el nexo de causalidad –que, en rigor, más que teorías sobre la causalidad son teorías sobre la imputación, al pretender que, con la introducción de criterios valorativos, se limitase la cadena causal, en contravía de las desafortunadas consecuencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones–, como, por ejemplo, la teoría de la relevancia de Mezger, según la cual una cosa es la causalidad naturalística y otra la causalidad jurídicamente relevante, que solo puede establecerse, esta última, a partir de la interpretación de cada tipo penal en particular (Mezger, 1963, pp. 113 y ss.); también, y quizá producto, además, de una confusión generalizada existente entre los penalistas, quienes no diferencian entre norma y enunciado normativo¹¹, se diseñó, y se defendió por algunos, la teoría de los elementos negativos del tipo, sosteniendo que la tipicidad es *ratio essendi* y no *ratio cognoscendi* –simple indicio– de la antijuridicidad –entendiéndose, así, el delito como una conducta típicamente antijurídica y culpable–, y que las causales de justificación, como el nombre de la teoría lo indica, excluyen la tipicidad, al hacer parte del aspecto negativo de los tipos penales, pues el derecho ha de conferirle un tratamiento normativo unitario a cada conducta, no pudiendo, en consonancia con los principios lógicos de identidad y de no contradicción, afirmarse, en sede de tipicidad, que una conducta se halle prohibida, y luego, en sede de antijuridicidad, que esa misma conducta se halle permitida.

El punto de partida neokantiano, al impregnar de valoración a las distintas categorías dogmáticas del delito, posibilitó, además, el que se abandonase el concepto puramente psicológico de culpabilidad, sustituyéndosele por uno

¹¹ Sobre la distinción, véase el texto de Introducción al estudio del derecho (Solano, 2016, pp. 106 y ss.).

psicológico-normativo, según el cual la culpabilidad no se agota en ese vínculo psicológico existente entre el hecho y el autor, comprendiendo, además, un importante componente normativo, consistente en un juicio de valor negativo (reproche) sobre el autor del injusto, basado en un juicio de exigibilidad, lo que permitió, entre otras cosas, explicar aquellos casos, como el estado de necesidad, en los que puede haber dolo o culpa sin que haya culpabilidad, por cuanto al autor del injusto no le era exigible una conducta distinta de la que realizó¹².

Como es sabido, al neokantismo le siguió el finalismo, cuyo auge se dio entre 1945 y 1960 (Mir, 2002, pp. 224 y ss.), constituyendo la reacción del ontologismo en frente del normativismo imperante¹³; los *iusnaturalistas*, en materia penal, que son, precisamente, los ontologicistas, por ende, como lo veremos, los finalistas, esto es, quienes afirman que hay *mala in se*, pasaron a jalonar la discusión dogmática en Alemania; Welzel y los seguidores de su pensamiento, influidos por el pensamiento aristotélico-tomista, la filosofía de los valores de Max Scheler, el ontologismo de Nicolai Hartmann y, según “confesión” del propio Welzel (2002b), por los *Fundamentos de la psicología del pensamiento* de Richard Höningwald (p.28), provocaron una revolución en el pensamiento jurídico penal.

Así, para los finalistas, los neokantianos malinterpretaron a Kant; si bien es cierto que la conducta solo puede ser captada, comprendida, valorándola, y que, por consiguiente, los valores son esas categorías *a priori* necesarias para posibilitar el conocimiento en las ciencias del deber ser o del espíritu, no puede fundamentarse en Kant la idea consistente en que los valores sean relativos; las “categorías *a priori*” son, según el filósofo, unas bases mínimas de racionalidad que existen, por igual, en todos los hombres, en su condición de seres racionales; los finalistas partieron, así, de un absolutismo

¹² Sobre el particular, son importantes los textos de Frank (2000), Goldschmidt (2002) y Freudenthal (2003).

¹³ Omitimos referirnos al período del nacional socialismo, en el que el Leviatán, comportándose como *deus mortalis*, y sustentándose en las ideas de distintos pensadores –por ejemplo, en materia penal, en la Escuela de Kiel (Dahm & Schaffstein, 2011)–, no dio, ni se vio compelido a dar *razón* de sus decisiones; tal irracionalidad no podía conducir a nada distinto que al repliegue de la dogmática jurídico penal.

axiológico que los condujo a un objetivismo epistemológico; es el objeto el que determina al sujeto (Mir, 2002, pp. 226 y ss.).

En ese orden de ideas, para los finalistas no existe una tajante separación entre el mundo del ser y el mundo del deber ser: si bien el deber ser (lo prescrito por las normas positivas) aún no es, todavía no es, pero tiende a ser, tiende a regular la realidad, por lo que no puede desconocerse “el orden del mundo”, la “naturaleza de las cosas” que pretenden ser reguladas; el *ser* –en el sentido filosófico de la expresión– de la conducta determina el *deber ser*, determina la forma en que esta ha de ser regulada; la conducta posee un ser, una esencia, una estructura ontológica que determina su sentido, su licitud o ilicitud.

Existen, pues, según los finalistas, unos límites que se imponen al legislador, al crear el derecho positivo, que provienen de la naturaleza misma de la conducta objeto de regulación; esos límites fueron llamados “estructuras lógico-objetivas”; lógicas, porque su desconocimiento por el legislador provoca incoherencias en el ordenamiento jurídico; objetivas, porque su *ser* no depende del capricho del legislador; el legislador no puede, por ejemplo, prescribir que los niños nazcan con los ojos azules o adelantar los períodos de gestación.

Ahora bien, esas estructuras lógico-objetivas no determinan, según este discurso, la totalidad del contenido del derecho positivo; el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración normativa, dentro de los límites que le vienen impuestos por la “naturaleza de las cosas”; ello ha hecho que algunos sostengan que se trata de una especie de *iusnaturalismo* negativo, en el que el derecho natural no determina el contenido del derecho positivo, sino que lo limita; otros, equivocadamente, sostienen que Welzel logró superar la disputa entre *iuspositivistas* y *iusnaturalistas*. Debemos decirlo con claridad: Welzel y los seguidores de este pensamiento son *iusnaturalistas*, unos más radicales que otros –algunos inconfesos debido al lastre histórico con el que carga esta corriente del pensamiento jurídico–.

Pues bien, una de esas estructuras lógico-objetivas, según este discurso, la constituye el concepto final de acción, la acción entendida como “ejercicio de actividad final”; el hombre, como ser racional que es, siempre que obra lo hace con una determinada finalidad; es la finalidad la que dota de sentido

a la conducta; constituye su esencia, su estructura ontológica; es la finalidad la que permite diferenciar la conducta humana de procesos causales ciegos como la caída de un rayo; el hombre tiene la capacidad, dada su racionalidad, de configurar el mundo exterior a partir de su finalidad; la causalidad es “ciega”, la finalidad es “vidente”. Las normas jurídicas, pues, prescriben conductas humanas y no simples procesos causales ciegos; prohíben u ordenan conductas y no resultados materiales; una norma no puede prohibir que una persona muera; puede, sí, prohibir que se despliegue una conducta finalmente dirigida a matar a otro.

La finalidad que, según este discurso, constituye la cara interna de la conducta y determina su sentido, se halla compuesta por tres elementos: anticipación del fin, selección de los medios y consideración de los efectos concomitantes. Al decidir obrar, el hombre, en primer lugar, anticipa el fin que pretende alcanzar con su conducta (“el proponerse”); luego, en segundo lugar, retrocede mentalmente y selecciona los medios que juzga adecuados para alcanzar dicho fin (“fase de retroceso”); por último, en tercer lugar, puede anticipar las posibles consecuencias que puedan producirse de la aplicación de los medios que ha seleccionado para la obtención del fin que se ha propuesto (“fase hacia adelante”) (Welzel, 2002b). La finalidad supone, pues, la inversión mental de la causalidad; en la causalidad primero se da la causa y luego el efecto; en la finalidad, primero se anticipa mentalmente el fin que se pretende alcanzar, y luego se retrocede, también mentalmente, y se seleccionan los medios para obtenerlo.

Para los finalistas, entonces, hay *mala in se*, como quiera que la conducta posee un ser, una esencia, una estructura ontológica que determina su sentido, su licitud o ilicitud. Por tal razón, para ellos, la conducta constituye la piedra angular de la teoría del delito; es preciso bucear en sus entrañas ontológicas con miras a determinar el contenido de las demás categorías dogmáticas del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad). A tal punto posee la conducta en sí misma su sentido que, para algunos finalistas, la omisión, incluso, existe en el plano pre-normativo, siendo, simplemente, una *No acción*, con una finalidad y causalidad puramente potenciales –la finalidad y la causalidad de la acción que no se realizó pero que pudo haberse realizado (principio de la inversión)– (Kaufmann, 2006).

Se produjo, pues, a partir de la exposición de las ideas mencionadas, una fuerte disputa entre neokantianos (causalistas) y finalistas, disputa esta que, girando en torno del concepto de conducta y, por supuesto, de la latente discusión sobre si hay *mala in se* o *mala prohibita*, hubo de tener consecuencias intrasistemáticas respecto de los contenidos de las distintas categorías dogmáticas del delito. Así, por ejemplo: los finalistas sostuvieron una teoría del tipo penal que se conoció con el nombre de teoría del tipo complejo, según la cual si el tipo penal es la descripción legal de la conducta prohibida, todo tipo ha de tener un aspecto objetivo (descripción de la cara externa de la conducta) y uno subjetivo (descripción de la cara interna), pues, al ser la finalidad la esencia de la conducta, no podría describirse solo la cara externa de la misma, so pena de estarse plasmando un simple proceso causal ciego; por tal razón, dolo y culpa dejan de ser formas, especies o elementos de la culpabilidad, y pasan a ser analizados en sede de tipicidad, al constituir, su descripción, elementos, dotados de un poderoso componente psicológico, del aspecto subjetivo de los tipos penales.

Welzel desarrolló, a propósito, una teoría del injusto penal (conducta típica y antijurídica) que se conoció con el nombre de teoría del injusto personal; todo injusto supone la concurrencia de dos disvalores: uno de acción, producto de la transgresión que la concreta finalidad del autor ha hecho de los valores ético sociales, y otro, de resultado, provocado por la afectación del bien jurídico –para el finalismo, la misión del derecho penal radica en proteger los “valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares” (Welzel, 2002a, p. 5)–. Entre más coherente fuese la postura finalista, más énfasis hubo de hacerse en el disvalor de acción, llegando, incluso, a sostenerse por algunos que el injusto se agotaba en dicho disvalor y que, por ende, el resultado jurídico (la afectación del bien jurídico) era representativo, tan solo, de un requisito de punibilidad¹⁴; es la finalidad, para esta corriente, insistamos una vez más, la que determina el sentido de la conducta, su licitud o ilicitud.

¹⁴ Sobre los disvalores de acción y de resultado, específicamente en los delitos de peligro, puede verse el texto del profesor Andrés Duque (2015).

Por supuesto, y en consonancia con el punto de partida, los ontologicistas pretendieron, además, limitar la cadena causal acudiendo al dolo y a la culpa, esto es, a la finalidad; también, afirmaron, en forma muy coherente, que toda causal de justificación habría de tener un componente subjetivo, sin el cual no podría eliminarse el disvalor de acción que se había ya afirmado, con la finalidad constitutiva de dolo (avalorado) o de culpa, en sede de tipicidad¹⁵; además, sostuvieron, al desarrollar la teoría del dominio del hecho, específicamente en materia de injustos dolosos, que es la propia esencia del aporte, su estructura ontológica, la que determina si se está en presencia de un autor (protagonista) o de un simple partícipe (actor de reparto), siendo el autor, precisamente, aquel que, dolosamente, tenga en sus manos el curso del acontecer típico –el señor del hecho, quien tiene las riendas del hecho, quien determina el sí y el cómo de este– .

Con todo, la finalidad no agota la esencia de la conducta; otra estructura lógico-objetiva, según esta corriente, es la culpabilidad concebida como “poder obrar de otro modo”, es decir, la culpabilidad fundamentada en la libertad del agente; solo le será reprochable jurídicamente su actuar si le era exigible una conducta distinta de la que realizó; solo será predicable dicha exigibilidad si el agente “pudo obrar de otro modo”. Los finalistas, al trasladar el dolo y la culpa al aspecto objetivo del tipo, afirmaron, como es sabido, un concepto puramente normativo de la culpabilidad, en el que esta queda reducida a un simple juicio de reproche. Para determinar si una persona “pudo obrar de otro modo” deberá verificarse, en el caso concreto, que el agente haya tenido la capacidad síquica de motivarse conforme a derecho (imputabilidad); que el agente haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta (ausencia de error de prohibición invencible); y que el agente no sea portador de una voluntad coaccionada (ausencia de un

¹⁵ Piénsese en este ejemplo: Juan se apodera de un dinero de Luis, y va a su casa a esconderse. Luis contrata unos sicarios para que vayan a casa de Juan a matarlo. Juan ve aproximarse a los sicarios, pero cree que se trata de unos policías que vienen a capturarlo. Juan los mata. Para un finalista, coherente, en tal caso no puede configurarse la legítima defensa, como causal de justificación; Juan no obró con el ánimo de defenderse de una agresión injusta. El derecho penal debe estabilizar éticamente a la población, diría un buen ontologicista; es la finalidad la que determina el sentido del acto.

estado de necesidad excluyente de la culpabilidad, de una fuerza mayor de carácter moral, etc.) (Welzel, 2002b).

En apretada síntesis: para el ontologicismo, finalidad y libertad, finalidad y poder *real* de obrar de otro modo –así como de determinar el sí y el cómo del hecho– constituyen la estructura ontológica de la conducta, y, por ende, determinan su sentido, su licitud o ilicitud (y el grado y modalidad de la misma).

Ahora bien, alrededor de los años sesenta del siglo pasado, surgió, en Alemania, con Würtenberger como precursor, una “nueva” corriente del pensamiento jurídico penal, cuya vigencia aún se mantiene, que hubo de reaccionar en contra del finalismo (ontologicismo); se trata de una nueva versión del normativismo llamada “funcionalismo” (Mir, 2002, pp. 257 y ss.). El funcionalismo, pues, es la versión más pulida del normativismo, del *iuspositivismo* en materia penal. Así, para esta corriente del pensamiento jurídico penal no hay *mala in se* sino *mala prohibita*; el derecho es quien le atribuye sentido normativo (significado, mejor) a la conducta, es quien le atribuye su valor, su licitud o ilicitud, a partir de las funciones que a él le corresponde desplegar en la realidad social.

Con razón, los funcionalistas proponen una re-normativización –el prefijo *re* significa *volver a...*– de la dogmática jurídico penal, de las categorías dogmáticas del delito, desligándolas de todo dato ontológico previo, y, por consiguiente, edificándolas a partir de valoraciones hechas con base en los fines de la pena. Así, los “positivistas” sostuvieron que la ciencia del derecho penal ha de partir, si quiere ser ciencia, de que no hay ser en las conductas, no hay *mala in se*; luego, los neokantianos, afirmando que la ciencia del derecho es una ciencia del deber ser o del espíritu, sostuvieron que esa *mala prohibita* había de determinarse a partir de valoraciones, soportadas en valores relativos; por último, los funcionalistas ligaron tales valoraciones a los fines de la pena. Se trata, pues, de una misma línea de pensamiento; del normativismo, desde su semilla hasta sus frutos más elaborados.

Con todo, esta nueva versión del normativismo afloró, en Alemania, con ocasión del vuelco que dio la ciencia y la filosofía en este país, a propósito de la ocupación por parte de los aliados, al resultar victoriosos en la segunda guerra mundial; el mundo de las ideas, entonces, se vio impregnado, así,

del pensamiento pragmático anglosajón, y, en el plano jurídico, del llamado “derecho de los casos”; como se ha dicho, con razón, se pasó de un pensamiento abstracto (sistemático) a un pensamiento problemático, orientado a la solución de los casos concretos. Se pretendió, pues, que la dogmática jurídico penal, con miras a superar la crisis en la que supuestamente se hallaba sumida, al haber estado concentrada, en el debate causalistas *vs* finalistas, en disputas exclusivamente intrasistemáticas, se abriese y reclamase orientación por parte de disciplinas penales –como la política criminal y la criminología– y extrapenales –como la sociología–, que contribuyesen a la re-elaboración de las categorías dogmáticas del delito, en orden a posibilitar la adecuada solución de los casos concretos, y en procura de lograr el cumplimiento de las concretas funciones que al derecho penal le corresponde desplegar en la realidad social.

Pues bien, existen, según suele decirse, dos vertientes del funcionalismo, con algunos matices al interior de cada una de ellas: un funcionalismo teleológico-valorativo, llamado también funcionalismo *moderado*, cuyo máximo exponente es el profesor Claus Roxin; y un funcionalismo sistémico, llamado también funcionalismo *radical*, cuyo máximo exponente es el profesor Günther Jakobs. En rigor, no es que el uno sea radical y el otro moderado, que el uno sea más coherente que el otro; no, lo que ocurre es que, si bien comparten el punto de partida ya mencionado, se diferencian, radicalmente, en la concreta función que según ellos ha de desplegar el derecho penal en la sociedad.

Así, para el funcionalismo teleológico-valorativo –que propone re-elaborar las construcciones dogmáticas con materiales valorativos provenientes de la política criminal (Roxin, 2002)–, el derecho penal ha de tener por función la protección de los bienes jurídicos respecto de aquellas conductas que incrementan los riesgos para los mismos, más allá del límite de lo permitido; ese, por tanto, además del postulado de la insignificancia –como correctivo político criminal a la categoría dogmática de la tipicidad, consecuencia del carácter fragmentario y del carácter de *ultima ratio* del derecho penal–, y no la concreta finalidad del agente, será el criterio valorativo de *imputación* para atribuir significado normativo a las conductas. El injusto penal habrá, ahora, de ser explicado, en buena parte, con base en la teoría de la imputación *objetiva*, según la cual, ya desde el aspecto objetivo del tipo, sin tener que acudir al com-

ponente subjetivo, es posible descartar el carácter ilícito de aquellas conductas que no crean riesgos jurídicamente desaprobados para los bienes jurídicos, o de aquellas otras que, sí los crean, pero tales riesgos no se concretan en resultados lesivos, debidamente cobijados por el ámbito de protección de las normas jurídicas (Roxin, 2001, pp. 342 y ss.). Por su parte, las causales de justificación tendrán por fundamento la solución de concretos conflictos de intereses, y no, por supuesto, la neutralización del disvalor de acción que se había afirmado con la finalidad típica.

Así las cosas, con independencia de que haya habido causalidad, y de la concreta finalidad con la que haya obrado el agente, no habrá imputación objetiva, por ejemplo, en conductas que crean riesgos permitidos; conductas que objetivamente disminuyen (o no lo aumentan significativamente o simplemente lo retrasan) el riesgo para los bienes jurídicos; conductas en las que se configura una causalidad cumulativa; conductas respecto de las cuales, de haberse realizado el comportamiento alternativo conforme a derecho, el resultado de todas formas se hubiese producido; conductas en las que el resultado provocado le es atribuible a la esfera de responsabilidad del propio sujeto pasivo o de un tercero, y, en general, en los casos de autopuesta en peligro voluntaria por parte del sujeto pasivo y de puesta en peligro de un tercero aceptada por este; conductas que generan daños por shock y daños consecuencia de otros daños.

Dos ejemplos simples, para entender lo dicho: 1. Juan mata a Pedro en una pelea de boxeo, que se desarrolló con pleno cumplimiento de los reglamentos. En ese supuesto no hay imputación objetiva, por tratarse de un riesgo permitido, así Juan haya tenido la finalidad de matarlo. 2. Juan le está apuntando con su arma a Pedro con la finalidad de matarlo. Antes de que Juan dispare, Luis golpea a Pedro, quitándolo de la mira de Juan, causándole unas heridas, pero salvándole con ello la vida. En tal hipótesis no hay imputación objetiva, por cuanto objetivamente se disminuyó el riesgo para el bien jurídico, así Luis ignorase que Juan iba a matar Pedro, y quisiese, simplemente, lesionar a este último. Si para algunos funcionalistas, la finalidad del agente, en los casos planteados, resulta ser relevante a efectos de afirmar la imputación, será por falta de coherencia con su punto de partida.

Por su parte, para el funcionalismo sistémico –retomando la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, y leyéndola desde una perspectiva

neohegeliana–, el derecho, en general, y, por ende, el derecho penal ha de tener por función mantener la vigencia del sistema social, estabilizando o asegurando las expectativas recíprocas existentes entre las distintas personas (subsistemas) que lo integran –expectativas estas que, al ser estabilizadas por las normas, a diferencia de lo que ocurre con las simples expectativas cognitivas, pasan a convertirse en expectativas normativas–. Esas expectativas recíprocas existen debido a que cada persona –siendo este un concepto normativo, pues solo es *persona* aquel respecto del cual, según el propio sistema social, se tienen expectativas normativas– despliega un determinado rol en sociedad –al cumplir con mi rol en sociedad, espero, confío fundamentalmente en que los demás cumplan con el suyo (principio de confianza)–; el incumplimiento de ese rol provoca que se defrauden las expectativas y que, en consecuencia, al minar la confianza necesaria para la coexistencia, se ponga en entredicho la vigencia del sistema social (Jakobs, 1996, pp. 9 y ss.).

El delito, entonces, para esta vertiente del funcionalismo, constituye la defraudación de una expectativa normativa, producto del incumplimiento de un rol por parte de una persona determinada –no se incluye, aquí, al *enemigo*, quien, según este discurso, no es persona, al no prestar seguridad cognitiva respecto de sus comportamientos futuros; para él no ha de regir el derecho penal del ciudadano, sino, precisamente, el derecho penal del enemigo (Jakobs, 2003a, pp. 47 y ss.)–. En rigor, lo que se incumple no es un rol, sino los deberes que se derivan del mismo; el ámbito de los deberes que posee una persona recibe, en este contexto, el nombre de *competencia*. Existen, pues, dos clases de competencia: la competencia por organización, que alude a los deberes que se derivan de desplegar el rol general de ciudadano, que pueden ser deberes de aseguramiento –en tanto, al tener el imperativo de configurar la existencia sin afectación a los otros, se tiene el deber de adoptar las medidas tendientes a que los riesgos que comporta la organización de la propia vida no se realicen en daños para las vidas ajenas–, o de salvamento –si se tiene el deber de revocación, por haberlo creado (actuar precedente) o haberlo asumido voluntariamente, de un riesgo existente en la configuración de la vida de otro–; y la competencia institucional, que alude al conjunto de deberes que se derivan de ostentar un rol especial, al hacer parte de una institución social, como el Estado o la familia, teniendo en cuenta que la persona se incrusta en una sociedad que ya se encuentra institucionalmente configurada (Jakobs, 1997, pp. 211 y ss.).

Pues bien, según esta vertiente del funcionalismo –al entender que la *sociedad* es distinta del *entorno*, pues aquélla se halla compuesta por un sistema de comunicaciones de sentido entre las distintas personas (que no simples *individuos*), que hacen posible la coexistencia ordenada y articulada–, quien comete un delito, con su conducta, está comunicando a la sociedad un mensaje de negación de la vigencia del sistema social; es preciso, entonces, que el derecho, a través de la pena, envíe un mensaje *contrafáctico* a la comunidad de “negación de la negación”, manteniendo, así, la confianza de los coasociados en la vigencia del sistema social, y, por ende, manteniendo cohesionada la estructura social (prevención general positiva); es preferible una mala estructura a la ausencia de una estructura.

En consonancia con lo dicho, la teoría de la imputación objetiva, que explica buena parte del injusto, propuesta por esta vertiente del funcionalismo, entiende que la licitud o ilicitud de una conducta no depende de la causación material de un resultado lesivo, ni de la finalidad con la cual haya obrado el agente; depende, sí, de la concreta defraudación de una expectativa normativa, producto del incumplimiento de un deber –que hace parte de la competencia por organización o de la competencia institucional–, derivado del rol –bien sea del general de ciudadano o de uno especial–. Para establecer dicha imputación, el analista habrá de tener en cuenta criterios valorativos como los siguientes: la posición de garante, aplicable, según este discurso, tanto a la comisión como a la omisión, pues “la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué”; el riesgo permitido, construido, por supuesto, normativamente, sin atender a conocimientos especiales del agente, sino tan solo aquellos que le son propios al respectivo rol; la prohibición de regreso, según la cual quien se comporte de un modo adecuado a su rol no es responsable del giro nocivo que otro le dé al acontecimiento; el principio de confianza, en tanto la existencia de expectativas normativas confiere cierta “libertad de acción, a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona”; la competencia de la víctima, como quiera que a esta, en tanto persona, le asisten también determinados deberes (Jakobs, 1997, pp. 213 y ss.).

Veamos unos casos, para entender lo dicho: “un estudiante de Biología que trabaja como camarero eventual durante sus vacaciones semestrales reconoce, en la exótica ensalada que tiene que servir, trozos de una planta venenosa, debiéndose tal descubrimiento tan solo al hecho de que poco tiempo

antes había escrito un trabajo de seminario precisamente sobre dicha planta venenosa. Impasible, sirve la ensalada y el cliente fallece” (Jakobs, 1997, p. 214). Piénsese, también, en los casos de “conductas neutrales”, como la del taxista que transporta a una persona, a sabiendas de que esta va a matar a otra en el lugar de destino; o el del panadero que, a sabiendas del uso que se le va a dar al comestible, vende un pan a alguien que lo emplea para envenenar a otro; o el del dueño de una ferretería que, con conocimiento de la utilización que va a hacerse del mismo, vende un afilado destornillador a una persona que lo usa para matar a otra (Robles, 2003).

Así las cosas, si se es coherente con el punto de partida normativista, en ninguno de estos casos –al igual de lo que ocurre con el caso que motivó este escrito– habría de afirmarse la imputación *objetiva*, con independencia del conocimiento particular del agente; este, pese incluso a ser portador de una finalidad “censurable”, en las distintas hipótesis, no habrá defraudado una expectativa normativa, al no ser, en el fondo, garante del resultado lesivo causado. La conducta, se insiste, según este discurso, no posee una esencia que determine su sentido; no hay *mala in se* sino *mala prohibita*. Con independencia de lo difícil –y cuestionable (Solano, 2008, pp. 346 y ss.)– que resulte el asumir las consecuencias de este planteamiento funcionalista, nadie puede negar la coherencia del mismo.

Con todo, cada elemento del delito admite una distinta configuración, dependiendo de si se parte de una postura ontologicista o de una normativista: así, *verbi gratia*, para una visión ontologicista, el dolo tendrá un poderoso componente psicológico soportado en la finalidad del agente; para una normativista, será el derecho positivo el que, a través de criterios valorativos relacionados con los fines de la pena, impute un actuar como doloso; ello se ve materializado, por ejemplo, en los criterios para diferenciar la culpa consciente del dolo eventual, así como en el hecho de imputar como actuar doloso el de aquel que, psicológicamente, se halla en error “de tipo”, pero pudo, con un mínimo esfuerzo, haber salido del mismo, comportando, para el derecho, una tácita renuncia a adquirir el conocimiento o una “ignorancia deliberada” (Ragués, 2008).

Por supuesto, en materia de dispositivos amplificadores del tipo, también se aprecian las consecuencias metodológicas de la disputa: ello ocurre tanto al determinar los elementos configuradores de la tentativa de delito –es-

pecíficamente, la importancia que al dolo o, mejor, a la intencionalidad le corresponde en dicha configuración (Reyes, 2016, pp. 115 y ss.)—, como al establecer el criterio que posibilite diferenciar al autor de los simples partícipes (determinador y cómplice); respecto de lo último, para los ontologistas, valiéndose, como ya se dijo, de la teoría del dominio del hecho, será la propia estructura ontológica del hecho la que determine la importancia de los aportes, señalando quién es el protagonista y quiénes son, tan solo, actores de reparto; para los normativistas, valiéndose, total o parcialmente, de la teoría de la infracción al deber, será el derecho positivo, a través de la distribución de deberes, el que impute los diversos grados de responsabilidad, determinando quién es el protagonista y quiénes son los actores secundarios (simples partícipes) (Roxin, 2000).

Obviamente, por último, la disputa filosófica y metodológica impacta, también, la categoría dogmática de la culpabilidad: una cosa es el concepto *normativo*, defendido por una postura ontologista, y otra, muy distinta, el concepto *normativista* de la culpabilidad, defendido, hoy, por el funcionalismo¹⁶. Para el primero, la culpabilidad es un juicio de reproche, que parte del *real* ámbito de libertad que poseía el agente al realizar el injusto; para el segundo, la culpabilidad es un juicio de asequibilidad normativa (Roxin, 2001, pp. 807 y ss.)¹⁷ o de falta de motivación jurídica (Jakobs, 1996, pp. 566 y ss.), que parte de entender que la libertad no es un dato ontológico sino un atributo que el derecho le imputa a la persona para hacerlo jurídicamente responsable.

Tales conceptos de culpabilidad se soportan, por supuesto, en distintas visiones sobre la *persona*. Para el concepto normativo de culpabilidad, la persona es un dato ontológico; para el concepto normativista, es una construcción normativa (Jakobs, 2003b, pp. 18 y ss.). Concluyo, pues, este escrito,

¹⁶ Véase el magnífico comentario hecho por el profesor Silva Sánchez, en la Introducción 1991 - 2012 a la obra *El sistema moderno del derecho penal* (Schünemann, 2012), a propósito de la diferencia existente entre *normativo* y *normativismo* (p. LIII).

¹⁷ Para Roxin, la culpabilidad, entendida como asequibilidad normativa, sumada a criterios de necesidad de pena, integran una categoría más amplia del delito llamada por él *responsabilidad*.

retomando algunas ideas expuestas en otro texto (Solano, 2016, pp. 249 y ss.), que posibilitan un mejor entendimiento de lo dicho:

La expresión “persona” tiene un origen griego, específicamente, referido al teatro griego. Persona era, pues, la máscara empleada por los actores en el teatro que cumplía con dos funciones: en primer lugar, servía para interpretar al respectivo *personaje*; en segundo lugar, permitía amplificar el sonido de la voz.

Ese origen debe ser tenido en cuenta para comprender el concepto de persona en el derecho; en este, la expresión persona se refiere, también, a un rol, a un papel, a una función, a un determinado personaje, que habrá de hacer parte de la “novela” regulada (creada) por ese “libreto” que llamamos derecho. Recordemos, pues, como lo afirma Ortega, que las plantas y las palabras viven de sus raíces.

La persona, en un sentido jurídico, es el sujeto del derecho y, específicamente, como lo afirma Kelsen (1995), es el centro de imputación de consecuencias jurídicas (pp. 109 y ss.); es el derecho positivo, según la construcción kelseniana, quien determina cuáles son esos centros de imputación. El concepto jurídico de persona es, pues, puramente normativo, es el producto de una calificación conferida por el derecho; es el derecho el que “reparte los libretos”, determinando, así, qué personajes intervendrán en las posibles relaciones jurídicas.

Suele decirse, en el mundo jurídico, que existen dos clases de personas: las naturales y las jurídicas.

En rigor, la expresión “persona natural” es desafortunada. Se habla de persona *natural* porque tras la máscara, tras el “personaje” se halla un ser humano de carne y hueso; mas no es que ese ser humano de carne y hueso, por su propia “naturaleza”, sea una persona (Kelsen, 1995, p. 112); es persona, simplemente, porque el derecho le confiere ese atributo, asignándole un *personaje* en la “novela” que este regula. Cosa distinta, empero, es que el derecho, para cumplir con unos imperativos éticos llamados “derechos humanos”, les atribuya el carácter de persona a todo ser humano o, como dice el Código Civil colombiano, en su artículo 74, a “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

En Roma, por ejemplo, los esclavos no gozaban de ese atributo, esto es, de personalidad jurídica (aptitud para hacer parte de las relaciones jurídicas); el derecho no los consideraba como personas, como centros de imputación de consecuencias jurídicas; no eran, por tanto, sujetos de derecho, sino objetos de derecho, específicamente, del derecho de propiedad. A tal punto es normativo el concepto de *persona* que, si al legislador se le ocurriese crear unas normas determinando que los árboles serán centros de imputación de consecuencias jurídicas, los árboles se convertirían en personas, con independencia de cómo vayan a ejercer sus derechos; es más, hoy, los constitucionalistas no están lejos de afirmar que la fauna y la flora son personas; hoy, escuchamos hablar de “derechos de quinta generación”, que serían, supuestamente, los derechos de los animales; si ello es así, es porque, en el fondo, sin ser conscientes de lo que afirman, están diciendo que los animales son o deberían ser personas desde el punto de vista jurídico.

Ahora bien, los legisladores suelen atribuirles personalidad jurídica a entidades o entes, por regla general, colectivos, que existen con independencia de los individuos que los integran (Kelsen, 1995, pp. 113 y ss.); en tal sentido, es que se habla de personas jurídicas, aunque, en rigor, son tan *jurídicas* estas como las mal llamadas personas *naturales*.

Dicha atribución, pues, obedece a dos razones: en primer lugar, el legislador reconoce que el hombre, para desplegar ciertas actividades, como, por ejemplo, las actividades comerciales, requiere unirse con otros hombres, sumando esfuerzos y recursos; en segundo lugar, al existir actividades que el hombre no estaría dispuesto a ejecutar, por los riesgos que implican si tuviese que comprometer en ellas la totalidad de su patrimonio, el legislador autoriza, por vía de la creación de estas personas independientes, a que se desplacen dichos riesgos, afectándose a los mismos una porción, apenas, de dicho patrimonio. Esta última razón es, hoy, la que predomina; por ello, con cada vez más frecuencia, se autoriza la creación de personas jurídicas, sin que las mismas cobijen colectividades.

Respecto de la naturaleza de las personas jurídicas existen dos opuestas teorías: la teoría de la ficción y la teoría de la realidad (García, 1995, pp. 280 y ss.).

Veamos:

Según la teoría de la ficción, cuyo máximo exponente fue Savigny, las personas jurídicas son entidades morales, ideales o ficticias que existen, jurídicamente, exclusivamente en relación con aquellas actividades para las cuales fueron creadas. Por ello, si el representante legal de una de esas entidades, oculto tras el velo corporativo, realiza actividades que exceden las comprendidas por el objeto social, la entidad moral, respecto de tales actos, no existirá jurídicamente; las consecuencias jurídicas de esos actos le serán inoponibles a la persona jurídica, quedando vinculado a ellas, personalmente, dicho representante.

Por lo dicho, entre otras cosas, es que por lo que los penalistas afirman que las sociedades no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*); como el objeto social ha de ser lícito, siempre que se realice un delito se estará obrando por fuera del objeto social, y, en consecuencia, tales actos no le serán imputables a la sociedad.

Por el contrario, según la teoría de la realidad, cuyo máximo exponente fue Gierke, las personas jurídicas no son ficciones sino realidades, que poseen una estructura similar a la de los organismos vivos; tienen un cerebro que son sus órganos de dirección; unas células, que son los individuos que se agrupan tras el velo corporativo; y una especie de sistema nervioso, compuesto por el sistema de comunicaciones que opera en su interior. Con base en esta teoría, algunos autores piensan que las personas jurídicas pueden realizar tanto actos lícitos como ilícitos.

En todo caso, como es posible que los particulares abusen del poder jurídico de crear personas jurídicas, en perjuicio de terceros, el derecho suele contener una serie de normas con el fin de posibilitar el que se desmantele el velo corporativo, radicándose, así, las distintas responsabilidades jurídicas en los individuos que se hallan tras esa máscara jurídica.

Con todo, no debemos confundir el concepto jurídico con el concepto filosófico de persona. Desde un punto de vista filosófico, persona, como ya se explicó, es aquello que, a diferencia de lo que ocurre con las cosas, no tiene valor de cambio, por tener dignidad, por tener la capacidad de darse sus

propios fines. Cosa, como ya se vio, es, pues, todo aquello que existe exclusivamente como medio; Dios es aquello que existe exclusivamente como fin en sí mismo; persona, aquello que es medio y fin, a la vez.

Para las corrientes *iusnaturalistas*, el concepto filosófico de persona coincide con el concepto jurídico de persona *natural*; para ellas, existe un derecho a tener derechos, un derecho natural a que el derecho positivo reconozca la personalidad jurídica en todo aquel que, ontológicamente, sea una persona.

En realidad, al derecho no le interesa el ser humano de carne y hueso, sino el personaje que, según las normas, él ha de representar; el ser humano en su compleja individualidad es inasible para las formas jurídica¹⁸; el derecho lo des-individualiza, transformándolo en personaje, para posibilitar la existencia en coexistencia. El derecho, entonces, no solo crea las conductas que regula, al atribuirles su sentido; crea, además, en función de hacerlos previsibles y controlables, los personajes que las realizan. Lo importante, para posibilitar la convivencia, es que esa obra de arte creada por el derecho tenga rasgos de realidad, se asemeje a la realidad (o, mejor, a lo que *creemos* que ella es).

Dice Ortega (1945) –lo que nos sirve para explicar lo dicho– que somos cuerpo, alma y espíritu. Nuestra interioridad se halla compuesta, pues, por el espíritu y el alma: el primero, el espíritu, consiste en toda aquella actividad que se despliega en nuestro interior y que, traducida en pensamiento y voluntad, depende de nosotros mismos; el segundo, el alma, en ese torrente continuo de sensibilidad que discurre por nuestra intimidad –amores, odios, miedos, pasiones en general– y que, sin depender de nosotros, humedece, inclinando e, incluso, determinando las actividades del espíritu. El espíritu no es, según Ortega, el que le da individualidad al individuo; se halla volcado, siempre, hacia un referente externo, pretendidamente objetivo; siempre que se piensa, se pretende encontrar la verdad; siempre que se quiere, se quiere acertar.

Ahora bien, lo que le da individualidad al individuo es su alma, pues ese torrente de sensibilidad se produce en forma diferente en cada individuo; cada individuo ama, odia, siente sus pasiones en forma distinta; el alma, en rigor, es incomunicable e intransferible (pp. 607 y ss.). A propósito, dice el Joven Werther: “también estima más mi inteligencia y talentos que este corazón, que, sin embargo, es mi único orgullo, la única fuente de todo, de toda fuerza, de toda ventura y de todo dolor. ¡Ay, lo que yo sé, todos pueden saberlo..., solo mi corazón es solamente mío!” (Goethe, 1957, p. 1840).

Adán y Eva, al comer del fruto del árbol prohibido, nos dice el Génesis, sienten vergüenza por su desnudez y se cubren. Pues bien, según Ortega (1945), ese maravilloso gesto, de gran carga simbólica, revela, al igual que los demás gestos del hombre, algo que se produce en su intimidad (p. 638); el hombre, al descubrir su alma, su individualidad, siente culpa y vergüenza por des-ordenar una totalidad que cree ordenada, con sentido; pretende, por ello, al cubrirse, ocultar su individualidad, asumiendo un rol que le permita no desentonar con la totalidad envolvente. Por eso, el niño, que apenas vive con un poco de alma, y el viejo sabio, que vive solo desde el espíritu, nos parecen seres “inocentes”. El traje, por supuesto, es apenas una expresión cultural; en rigor, toda la cultura, el lenguaje inclusive, es producida por el hombre con miras a salvar su individualidad o, mejor, a desindividualizarse en procura del mantenimiento de cierto orden, de cierta armonía.

El hombre, pues, al tener un alma incomunicable, solo puede entrar en relación con los otros hombres si asume ciertas formas que, en estricto sentido, lo desindividualizan, transformándolo en un personaje de una novela cuyo libreto se halla compuesto por códigos compartibles. Así, por ejemplo, si un hombre desea establecer una relación afectiva con una mujer, ha de decirle “te amo”; ella, con la misma pretensión, pronunciará esas mismas palabras; sin embargo, los sentimientos de él y de ella no son idénticos, siendo inefables; la formaleta verbal desindividualiza, inautentiza, pero posibilita la relación.

Con el derecho y, en general, con las normas de conducta ocurre algo similar; al derecho, como ya se dijo, no le importa el individuo –qué difícil es asumirlo–, pues este es inasible; le interesa solo la persona, el personaje, creado y regulado por él mismo. Un ejemplo dramático: las leyes penales de los distintos países suelen atenuar la responsabilidad penal de aquella persona que comete un delito en estado de ira; la razón que suele esgrimirse es

18 Sobre la relación entre derecho y psicología, a propósito de la inasible individualidad humana, puede verse el artículo del profesor Enán Arrieta (2016).

que, en tales condiciones, la libertad de la persona, al momento de cometer el hecho, se encuentra disminuida; empero, las leyes solo atenúan la pena si el estado de ira obedece a un “comportamiento ajeno, grave e injusto”. Es decir, no cualquier estado de ira hace que el legislador reconozca –o, mejor, *impute*– un menor ámbito de libertad para atenuar la pena. El estado de ira solo produce efectos jurídicos, entonces, si era razonable para un sujeto normativamente construido el que se aminorase su ámbito de libertad (Cfr. Nussbaum, 2012).

5) Bibliografía

- Alas, D. (2015). *La estafa en las prestaciones ilícitas. Fundamentos para su atipicidad*. En: www.derechocambiosocial.com.
- Alvear, J. (2013). *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*. Madrid: Marcial Pons.
- Arrieta, E. (2016). Psicología y derecho en Colombia: una relación reflexiva. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46 (124), 171-206.
- Borges, J. (2005). *Obra poética*. Buenos Aires: Emecé.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil* (N. Alcalá, trad.). Buenos Aires: Depalma.
- Dahm, G. & Schaffstein, F. (2011). *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* (L. Brond, trad.). Buenos Aires: Ediar.
- De Ockham, G. (2001). *Sobre el gobierno tiránico del papa* (P. Rodríguez, trad.). Madrid: Tecnos.
- Duque, A. (2015). Delitos de peligro y proceso penal: condicionamientos dogmáticos en las formas jurídico penales. En A. Duque, *Perspectivas y retos del proceso penal* (págs. 82 - 101). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Eco, U (2007). *El nombre de la rosa* (R. Pochtar, trad.). Barcelona: Random House Mondadori.
- Engisch, K. (2001). *Introducción al pensamiento jurídico* (E. Garzón, trad.). Granada: Comares.
- Frank, R. (2000). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (G. Aboso, trad.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Freudenthal, B. (2003). *Culpabilidad y reproche en el derecho penal* (J. Guzmán, trad.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.

- García, E. (1995). *Introducción al estudio del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Goethe, J. W. (1957). *Los sufrimientos del Joven Werther* (R. Cansinos, trad.). En: Tomo I de *Obras completas*. Madrid: Aguilar.
- Goldschmidt, J. (2002). *La concepción normativa de la culpabilidad* (R. Núñez & M. De Goldschmidt, trads.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Goñi, C. (2010). *Breve historia de la filosofía*. Madrid: Ediciones Palabra.
- Guasp, J. (1996). *La cultura del jurista*. En: *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (J. Ferrer, trad.). Barcelona: Gedisa.
- Jakobs, G. (1996). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (J. Cuello & J. Serrano, trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de derecho penal* (E. Peñaranda, C. Suárez & M. Cancio, trads.). Madrid: UAM - CIVITAS.
- Jakobs, G. (2003a). *Derecho penal del enemigo* (M. Cancio, trad.). Madrid: Thomson Civitas.
- Jakobs, G. (2003b). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal* (M. Cancio & B. Feijóo, trads.). Madrid: Thomson Civitas.
- Jaramillo, C. (2005). Apuntes sobre la necesidad de reforma estructural de algunos tipos penales. En: *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez* (Velásquez, F., coord.). Bogotá: Temis.
- Johnson, P. (2010). *La historia del cristianismo* (A. Leal & F. Mateo, trads.). Barcelona: Zeta.
- Kant, I. (2002). *Crítica de la razón pura* (P. Ribas, trad.). Madrid: Taurus.
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión* (J. Cuello & J. Serrano, trads.). Madrid - Barcelona: Marcial Pons.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado* (E. García, trad.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lenoir, F. (2010). *El Cristo filósofo* (M. Pino, trad.). Barcelona: Ariel.
- Massini, C. (2005). *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural* (Tomo I). Buenos Aires: LexisNexis Abeledo - Perrot.
- Marías, J. (1981). *Historia de la Filosofía*. En: Tomo I de *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente.
- Mezger, E. (1963). *Derecho Penal Parte General. Libro de estudio* (C. A. Finzi, trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Mir, S. (2002). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Nussbaum, M. C. (2012). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley* (G. Zadunaisky, trad.). Madrid: Katz Editores.
- Ortega y Gasset, J. (1945). *El espectador*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Ortega y Gasset, J. (1976). *Meditaciones del Quijote*. México D. F.: Aguilar.
- Ortega y Gasset, J. (1983a). *La deshumanización del arte*. En: Obras completas, Tomo III. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983b). *Para un diccionario filosófico*. En: Obras completas, Tomo XII. Madrid: Alianza.
- Parménides. (2007). *Poema. Fragmentos y tradición textual* (A. Bernabé, trad.). Madrid: Istmo.
- Pastor, N. (2004). *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons.
- Platón. (2011). *Diálogos. Cratilo* (J. L. Calvo, trad.). En: Platón I. Madrid: Gredos.
- Quintero, G. & otros (2002). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Arazandi.
- Ragués, R. (2008). *La ignorancia deliberada*. Barcelona: Atelier.
- Reyes, Y. (2016). *El delito de tentativa*. Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Robles, 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 (J. M., Silva, dir.). Madrid - Barcelona: Marcial Pons, pp. 17-65.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (J. Cuello & J. Serrano, trads.). Madrid - Barcelona: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2001). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito* (D. Luzón, M. Díaz & J. Remesal, trads.). Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (F. Muñoz, trad.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Ruiz, A. M. (2013). *La violencia del derecho y la nuda vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ruiz, D. (Ed.). (2003). *Acta de los mártires* (D. Ruiz, trad.). Madrid: BAC.
- Sánchez, D. (2012). *Teoría del conocimiento*. Madrid: Dykinson.
- Schünemann, B. (2012). *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales* (J. M., Silva, trad.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Silva, J. M. (2002). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Solano, H. R. (2008). “Nociones introductorias a un curso de derecho penal parte general”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 109: pp. 323-362. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Solano, H. R. (2012). El *ius puniendi* desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales. En: Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal (R. Molina, coord.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké - Universidad Pontificia Bolivariana.
- Solano, H. R. (2012). *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
- Solano, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Soto, G. (2007). *Filosofía medieval*. Bogotá: San Pablo - Universidad Pedagógica Nacional.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Comlibros.
- Welzel, H. (2002a). *Derecho penal alemán* (J. Bustos & S. Yáñez, trads.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2002b). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (J. Cerezo, trad.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Welzel, H. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (F. González, trad.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.



Comentarios acerca de la corrupción pública y privada en el ordenamiento jurídico chileno

Andrés Benavides Schiller¹

1) Ubicación del tema propuesto

En los últimos años ha sido posible apreciar en el derecho comparado la implementación de reformas penales en el tratamiento de la *corrupción* y sus sofisticadas técnicas de utilización. El caso español, con sus Leyes Orgánicas 5/2010 y, 1/2015, es un claro ejemplo de esta realidad. En la actualidad, los tipos penales que integran la denominada “corrupción pública” se aglutinan bajo el título de “delitos contra la Administración pública” y donde el móvil principal del agente, en general, consiste en el deseo de obtener una ganancia ilícita. Hablamos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraude y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y, corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

¹ Abogado, Doctor en Derecho penal y procesal penal por la Universidad de Sevilla-España, Profesor de Derecho penal Universidad de Valparaíso-Chile, y miembro del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (Cifde UV).

La actividad corrupta requiere, a más del oportunista, la intervención de una o más personas, sea que cuenten con capacidad de decisión o no: he aquí la razón por la que se reconoce a la corrupción como una *realidad bifronte*, existiendo al lado del corrompido el sujeto corruptor. Mediante la complicidad en redes de poder se convierte en una de las manifestaciones más preocupantes de la criminalidad organizada. Por lo mismo, es participativa, intentando una de las partes influenciar el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo. El objetivo que persigue esta clase de influencia es la obtención de un beneficio o una ganancia para las partes que participan en el acto o actividad espuria. Un aspecto interesante de los tiempos que corren es el hecho de no necesitar estar siempre y en todos los casos frente a un *funcionario público* para hablar de corrupción, ni siquiera para afirmar que se trata de una corrupción pública, según diremos *infra*. La silueta del privado puede estar aquí dibujada.

2) Intento de conceptualización del fenómeno. La respuesta penal

Como se trata de un fenómeno cuya caracterización más importante se debe a su *ubicuidad*, la búsqueda se reduce a un concepto carente de significación: lo que está en todas partes, en todas las sociedades y en todas las épocas de la historia no tiene ni puede tener otra relevancia que la que apunta a la necesidad de reducir sus manifestaciones más incómodas, en el marco de la aceptación resignada de una presencia permanente e inextinguible. Se trata de un dato de la naturaleza (humana)². Prístina brota aquí la frase de Séneca: “la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos”³.

² VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Editores del Puerto, 2004, p. 242; ID., *Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del Derecho*, en *Delincuencia económica y corrupción* (Dir. Baigún / García). Ediar, 2006, p. 83.

³ Aunque pareciera apuntar contemporáneamente esta frase más bien a cierta “categoría” de hombres, pues como expresó Mario Vargas Llosa, a propósito

No debemos olvidar que la corruptela supera con creces la gestión pública para instalarse en otros recintos o parcelas de la actividad humana. La relación de género a especie entre corrupción y delito debe tenerse presente para definir las relaciones entre las diversas instancias llamadas a frenarla, sean estas civiles, administrativas o penales. Solo cuando la violación del sistema legal **resulte intolerable** debe el legislador proceder a su tipificación delictiva penal⁴.

A primeras, la corrupción es definible como *una desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado*, que no es otro que el “interés público” legalmente determinado. La **respuesta penal** al fenómeno de la corrupción viene dada, principalmente, por la tipificación de una serie de conductas que denominamos genérica e históricamente “delitos de los funcionarios”⁵. Se trata de los casos más graves y lesivos, que requieren, por ende, de la protesta más contundente, severa y categórica que ofrece el ordenamiento jurídico y que se plasma en las figuras delictivas previstas por los artículos 220 y siguientes del texto incriminatorio chileno. Pero esto no significa que las mismas agoten las hipótesis de corruptela pública, pues, si bien los delitos contra la Administración pública contienen censuras punitivas en su contra, dicho continente normativo es desbordado, debiendo acudir al Derecho administrativo sancionador para imponer reproches proporcionales a conductas de desvío de menor severidad.

del caso Montesinos en Perú, *hay una ley no escrita, pero respetada y practicada desde tiempos inmemoriales, según la cual quienes pertenecen a las buenas familias, y tienen buenos apellidos, y gozan de las buenas relaciones, reciben siempre, a la larga, gobierne quien gobierne, un trato de favor*. Vid. *¿El principio de la impunidad?*, en <http://www.caretas.com.pe/2002/1709/columnas/mvll.phtml>.

⁴ GONZÁLEZ, J., *Corrupción y justicia democrática*. Closas-Orcoyén, 2000, p. 99.

⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *Corrupción y delitos contra la Administración pública*, en *La corrupción, aspectos jurídicos y económicos* (coord. Fabián C.). Arango. Servicio de Artes Gráficas, 2000, pp. 67-68; ID., *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración pública*, en *Fraude y corrupción en la Administración pública* (ed. Ferré), vol. III. Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 182-184.

Su esqueleto descriptivo es siempre el mismo, un agente (autoridad, funcionario público o, según las más modernas legislaciones, “persona que participe en el ejercicio de la función pública”), toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica, privada o pública, de forma que tal decisión genera para el primero (o para una organización, partido o círculo al que pertenezca) una ganancia personal. De esa forma la función pública es convertida ilícitamente en una fuente de enriquecimiento privado⁶.

No se concibe, por lo general, que estos procesos criminales puedan desarrollarse al margen de la connivencia o de la complacencia de los poderes públicos, expresando de manera certera la desaparición de los límites nítidos entre aquello ajustado a Derecho y lo que no, en virtud de la **confusa mezcla que se verifica entre las actividades económicas y procesos políticos legales e ilegales, entre personajes criminales y empresarios, entre privados y políticos, entre objetivos de la economía y finalidades de la política**. La confusión entre público y privado constituye la característica más específica de estos géneros delictivos, traducéndose este quebrantamiento de la legalidad en un efecto social distorsivo, pues ha de convertir a la ley en un recurso de acceso diferencial al bien común, pero entendido éste o convertido ya en un bien privado. Por ello es inherente al concepto de corrupción la idea de *conflicto de intereses*; y esta desviación de la acción pública hacia intereses particulares ha sido definida como una “privatización” o “refeudalización” del Estado⁷. Huelga decir que los comportamientos corruptos en el sector público horadan los cimientos del edificio social construido sobre la base de los principios democráticos de representatividad, bienestar e igualdad de oportunidades.

Con el desvío de recursos por quienes están ubicados en mesetas de decisión del destino común, se debilitan las fuentes de financiamiento de programas de ayuda o mejora de las condiciones de vida de los sectores más vulnerables. Se hipotecan las concretas oportunidades de modernización de la estructura pública y, finalmente, la brecha entre los anillos verticales

⁶ LAPORTA SAN MIGUEL, F., *La corrupción política: introducción general*, en *La corrupción política* (eds. Laporta / Álvarez). Alianza, 1997, p. 20.

⁷ CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Cedecs, 1997, p. 51.

que representan los estamentos sociales se profundiza hasta perder los últimos toda luz de esperanza.

3) Corrupción pública o institucional y corrupción entre particulares

Tratándose del ejercicio de la **función pública**, lo relevante para el legislador penal son los efectos que para los **intereses generales** pueden derivarse de su actuar y no la naturaleza jurídica de las normas que, sustantivamente, rigen su relación con el ente al que presta servicios. Se opina por la doctrina que en el Derecho penal actual la *exigencia de responsabilidad a particulares que participan en el ejercicio de funciones públicas* (es decir, a quienes mediante un acto de la Administración se le transfieren facultades originariamente administrativas), es la respuesta del legislador penal a la necesidad de nuevas técnicas organizativas de la Administración moderna que exigen romper la rígida distinción entre el funcionario y el particular colaborador de la función pública, dando cabida a supuestos intermedios en los que el interés público reclama la incorporación de profesionales y su sometimiento a un orden general y al control penal cuando su actuación sea lesiva para aquel interés.

La importancia y el recurso a estas cláusulas penales se incrementa cuando las nuevas técnicas organizativas de la Administración así lo exigen⁸, toda vez que su actuar contemporáneo se caracteriza por fórmulas negociales de colaboración, acuerdos y asociaciones con empresas y entidades privadas –unido a una creciente privatización de los servicios públicos– para hacer frente a las grandes cuestiones sociales. Se trata de un cúmulo de gestiones englobadas bajo el término *gobernanza*.

⁸ Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997. Edersa, p. 495. En la misma línea, NIETO MARTIN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, en *Revista Penal*, núm. 10, 2002. Praxis, pp. 62-65.

En sintonía con lo antes dicho, la LO 5/2010 introdujo, por vez primera en el CP español, un caso de corrupción que si no calificaba intramuros de la denominada “pública o institucional”, al menos lo hizo entre aquellos comportamientos con efectos perjudiciales para los intereses generales, no obstante, su triple excepcionalidad. En efecto, se trató del artículo 286 bis, cuyo *nomen iuris* original fue “De la corrupción entre particulares”, que hizo pensar en efectos más acotados y restringidos que aquellos inherentes a la corruptela pública; en las conductas descritas por el injusto solamente intervienen particulares; y, por último, su ubicación está fuera del respectivo título que contiene los delitos contra la Administración pública.

Este título de imputación luego fue modificado por la mentada LO 1/2015, de 30 de marzo, pasando a denominarse “De la corrupción en los negocios” y por el que se pretende la represión de los actos encaminados a corromper a personas naturales vinculadas a entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Mediante estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, **se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado y se daña la garantía de una competencia justa y honesta, problema de importancia si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales en los diversos sectores sociales.**

En la descripción típica objetiva figura en su número 1. lo siguiente: *El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.* Mientras que su numeral 2. reza de la siguiente manera: “Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente

a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

Precisemos que la tipificación de este delito dedicado a la corrupción en el sector privado excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las que deberán ser sometidas a la disciplina penal del delito de cohecho, obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario público que ha de tener al menos una de las partes y que reafirma la noción conceptual amplia del mismo, pues por encima de calificaciones jurídicas que correspondan por el desempeño de un trabajo, al legislador penal le debe interesar *la participación del sujeto en el funcionamiento de la Administración y si el mismo tiene alguna injerencia en la correcta ejecución de funciones públicas*⁹.

El referido artículo 286 bis está incrustado en un capítulo cuyo epígrafe reza *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, por lo que las exigencias relacionadas con la adquisición o venta de mercancías, o con la contratación de servicios profesionales, más bien comulgan con la estabilidad, correcto funcionamiento del mercado y con la defensa de los intereses generales de los consumidores, por cierto. Así como existen tipos penales que protegen a estos de la elaboración de productos alimentarios vulnerando las normativas de salud pública, el 286 bis CP se preocupa de la “salud y asepsia del mercado”, de una competencia leal a través de la observancia, libre de corruptelas, de los preceptos legales reguladores del tráfico jurídico.

⁹ Vid. Párrafo XIX del Preámbulo LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. BOE Núm. 152. Sec. I. Pág. 54818 (BOE-A-2010-9953). Para revisar parte importante de la génesis del artículo 286 bis CP, vid. GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^o época, núm. 19, 2007. UNED, pp. 245-251. Contrario al argumento aquí expuesto de noción amplia de funcionario público, cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El tratamiento de la corrupción en el proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales* (Coords. Arangüena / Sanz). Lex Nova, 2007, pp. 178-179.

Nos parece, entonces, que aquí el legislador español sintonizó con aquellos ordenamientos europeos que entienden que el contenido de lo injusto de estos comportamientos viene determinado por el menoscabo de la *competencia leal* –como ocurre en Alemania¹⁰, Austria y Suiza– y no con otros países de la misma órbita (Francia¹¹, Bélgica o Reino Unido) que cifran lo injusto de esta conducta en el dato de que el corrupto *infringe sus deberes* respecto del empresario.

¹⁰ En los últimos años en Alemania, donde desde 1997 se reprime esta conducta gracias a un específico tratamiento penal y a un traslado de figuras típicas antes insertas en el art. 12 de la “Ley de protección contra la competencia desleal” a los parágrafos 299 y 300 StGB, se han descubierto una serie de casos espectaculares de corrupción privada (casos Ikea, Siemens, Volkswagen), en los que se han visto involucrados empleados de alto nivel en grandes empresas conocidas en toda Europa. Durante muchos años, estos favorecían a determinadas empresas, de las cuales recibían sobornos de distinto tipo a fin de que estas últimas obtuvieran la contratación con la empresa de los sobornados; el sobreprecio que implicaba el soborno simplemente se cargaba al precio de la obra o del servicio contratado. *Vid.* con detalle, ABANTO VÁSQUEZ, M., *Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia*, en *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial (Dirs. Serrano-Piedecასas / Demetrio C.)*. Colex, 2010, pp. 168-172; ID., *El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública*. ARA Editores, 2005, pp. 387- 413. Con referencias al caso germano, y también considerando a la competencia leal el objeto de protección, NAVARRO FRÍAS, I. / MELERO BOSCH, L., *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2011, pp. 1-40; BENITO, D. / CERINA, G., *Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma*, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal (Coords. Diego Díaz-Santos et al.)*. Ratio Legis, 2009, pp. 82-88.

¹¹ A la construcción germana de Derecho público que protege la competencia leal (*Lautere Wettbewerb*) como bien jurídico supraindividual, se contraponen en el ámbito teórico la matriz privada del modelo galo, que deposita la incriminación de la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales, esto es, en el *Code du travail*, pues se entiende que el objeto tutelado es el deber de fidelidad que vincula al trabajador con el empresario en el desempeño de su prestación. Para más detalles, *vid.* FOFFANI, L., *La corrupción privada, en Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo (Coords. Arroyo / Nieto)*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 386.

4) Situación chilena

a) A partir de 1999 es posible constatar en Chile una atención preferente brindada al control y criminalización de conductas de corruptela pública contrarias a la probidad administrativa por parte de quienes desempeñan funciones públicas. Para tales efectos, i) ha suscrito y ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (Decreto N° 1879, de 02.02.1999) y la Convención de NN.UU. contra la Corrupción (Decreto N° 375, de 30.01.2007); ii) ha modificado la Constitución Política de la República (CPR) para elevar al mayor rango normativo el principio de probidad, recogido en su artículo 8°; iii) ha dictado la ley N° 19.653 sobre probidad administrativa, responsable de la redacción actual del citado artículo 8° CPR y de cambios en la ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, entre los que figura el actual artículo 52 inciso 2°, por el que se prescribe que el mentado principio consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal *de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*. Es decir, se trata de una conducta funcionaria recta, proba, eficaz y eficiente, que se corrobora por otras disposiciones constitucionales determinantes del marco de la función pública, entre las que destacamos el artículo 1° inciso 4° CPR, norma que al establecer el papel instrumental del Estado “contempla que dicho rol no podría ser cumplido sino sobre la base de la juridicidad, de la responsabilidad, de la eficiencia, del control, de la racionalidad y de la probidad, pues si no fuera así, dicho deber se desnaturalizaría; y, además, iv) ha introducido durante los años 1999 (ley N° 19.645), 2002 (leyes N° 19.806 y N° 19.829), 2006 (ley N° 20.088), 2009 (leyes N° 20.341, N° 20.357 y N° 20.393), y 2014 (ley N° 20.730) reformas en el Código penal en materia de delitos funcionarios, asociaciones ilícitas y responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma a cargo de la ley N° 20.341, de 22.04.2009, significó –entre otras consecuencias– un notorio incremento del reproche penal a propósito del delito de fraude funcional (artículo 239 CP chileno), al contemplar una pena en abstracto variable según sea el monto de lo defraudado, capaz de duplicar la sanción primitivamente considerada (pudiendo alcanzar los diez años de privación de libertad); asimismo, introdujo el nuevo párrafo 9 bis, regulador del cohecho a funcionarios públicos extranjeros, que derogó los artículos 250 bis A y 250 bis B incorporados al texto por ley N° 19.829,

de 08.10.2002, para perseguir similares comportamientos (denominados entonces sobornos a funcionarios públicos extranjeros). Además de una razón sistemática, esta modificación pretende ampliar el verbo rector originalmente considerado, sancionando hoy no solamente a quien ofreciere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, sino también, a aquel que prometiére o diere un beneficio económico o de otra naturaleza.

Agreguemos que la reforma en comento también implicó un endurecimiento de la sanción penal, aumentando de tres a cinco años el límite abstracto superior de castigo. Finalmente, no obstante los retoques legislativos, esta figura delictiva sigue orientada a la obtención o mantención de “cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales”, tornando impune, por ejemplo, el cohecho para torturar, detener ilegítimamente, allanar irregularmente, violar secretos, etc., lo que resulta del todo extraño si se quiere lograr una verdadera colaboración internacional en materias penales que pueden apreciarse como violaciones a derechos humanos, y no únicamente la protección de intereses comerciales, propios o ajenos

A esta nueva realidad tejida por el legislador chileno contribuyeron algunos casos judiciales de gran envergadura y connotación pública, los que demostraron a intervinientes y parlamentarios, de uno u otro bloque político, la existencia de carencias en la preceptiva penal vigente a la fecha y una bajísima penalidad asignada a tales comportamientos, circunstancia última que, analizada bajo la fórmula costo / beneficio por quien decide comportarse de manera corrupta, permitía concluir que defraudar al Estado-Fisco era un negocio rentable.

Por último, la ley N° 20.393, de 2.12.2009, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos provenientes, directa o indirectamente, del narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, infracciones al mercado de valores y normativa bancaria, delitos contra la Administración pública, secuestro, sustracción de menores, pornografía infantil y trata de blancas (artículo 27 ley N° 19.913); financiamiento al terrorismo (artículo 8° ley N° 18.314); delitos de cohecho activo a funcionarios públicos nacionales (250 CP) y extranjeros (251 bis y 251 ter CP); y receptación (456 bis A CP).

Este texto legal se erige como una excepción al principio *societas delinquere non potest* previsto por el artículo 58-2 CPP chileno. Las personas jurídicas a las que es posible aplicar esta normativa son aquellas sociedades de Derecho privado, tengan o no fines de lucro, y a las empresas del Estado, sean o no creadas por ley, dado que no se distinguió a su respecto.

b) Ahora bien, respecto del fenómeno de la corrupción privada, el breve análisis de la norma ibérica elaborado *supra* permite preguntarnos por la situación chilena en materia de protección de la competencia leal. Actualmente, su tutela proviene de una dupla de textos normativos: Ley 20.169 / 2007 (que “regula” la competencia desleal); y Ley 19.496 (sobre protección de los derechos de los consumidores). Ambos textos no han impedido la vulneración de este objeto de protección supraindividual, y tampoco impedirán que siga siendo lesionado ni puesto en riesgo, toda vez que las multas previstas en contra de quienes lo atacan son, finalmente, cargadas a costos de producción, perviviendo la paradoja de resultar el individuo –supuestamente protegido y formalmente amparado por el derecho a tomar decisiones bajo los supuestos de una leal competencia– quien deba pagarlas al adquirir bienes y servicios.

Habiéndose promulgado en el año 2016 la Ley 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, reincorporando a la legislación nacional la figura delictiva de *colusión de precios* debido a sendos casos de interés público en el último lustro en los rubros de medicamentos, alimentos, papel higiénico y transporte, hoy en día encontramos en tramitación en el Congreso una propuesta de tipos penales que sanciona conductas como las descritas a propósito del caso español, contenida en el proyecto de ley de fecha 17.06.15 (Mensaje N° 500 - 363), que dispone lo siguiente:

“§ 7 bis. De la Corrupción entre particulares.

Art. 287 bis. El director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicitare o aceptare recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer, o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, a otro en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales, será sancionado con la pena de reclusión menor

en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.

Art. 287 ter. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que, por sí o a través de otra persona, ofreciere o consintiere en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que le favorezca, o por haber favorecido, a él o a un tercero frente a otros en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales”.

Mediante un análisis de la descripción típica de ambas figuras podemos identificar cuáles son los rasgos o caracteres propios de su naturaleza jurídica, muy ligada a la del cohecho, por cierto. En efecto, estos preceptos configuran una *ley penal mixta alternativa* que describe dos modalidades, núcleos o hipótesis de comportamiento típico: la acción puede consistir en solicitar o aceptar recibir el director, gerente, administrador o ejecutivo principal un beneficio económico, o bien, ofrecer o consentir un tercero en darle a aquellos un beneficio económico.

El verbo rector **solicitar** significa estar frente a una declaración de voluntad del director, gerente, administrador o ejecutivo principal tendiente a pedir algo a otra persona, quien podrá **consentir** o no. Esta petición puede ser expresa o tácita, siempre que esta última se haga por medio de actos concluyentes (estirar la mano, por ejemplo). Se trata de una conducta típica monosubjetiva potencialmente plurisubjetiva.

La conducta de **aceptar** precisa de la existencia de dos personas para que pueda tener lugar: la presencia del director, gerente, administrador o ejecutivo principal y la del particular que **ofrece** algo. No se puede aceptar algo si previamente no hay ofrecimiento. Esto significa estar frente a un delito pluripersonal: nos estamos refiriendo a la denominada participación necesaria, pues estamos instalados frente a una construcción delictiva configurada de manera tal que para su realización es aquí imprescindible, conceptualmente hablando, de la intervención de más de una persona.

Nos parece que la ventaja que representa el **beneficio económico** no puede consistir en cualquier cifra o ganancia patrimonial, es decir, la solicitud,

aceptación o el ofrecimiento de cifras insignificantes no son aptas para configurar este delito. Debe tener alguna relevancia para motivar al director, gerente, administrador o ejecutivo principal a actuar en el sentido pretendido. Hablamos de una conducta que no es suficientemente grave para considerarla penalmente relevante, donde no opera un criterio de proporcionalidad o relación de equivalencia entre la ventaja y el acto oficial para definir la conducta como de corruptela. Esto lleva a pensar estar frente a un caso de tentativa inidónea absoluta por razón del medio empleado.

Ambos tipos penales propuestos por el proyecto consideran situaciones de corrupción privada *antecedente* y *subsiguiente*: en el primero, el soborno se realiza antes de adoptarse el (futuro) acto correspondiente; en el segundo, el soborno o intento de soborno tiene lugar una vez que se ha producido (recompensa) el acto. En ambos casos será menester que el sujeto activo haya actuado con dolo directo, pues no es factible pedir o aceptar algo para realizar un acto o por haberlo llevado a cabo mediante dolo eventual.

Lo característico de estos tipos es que la punibilidad (merecimiento de pena) no tiene su fundamento en una transformación determinada del mundo exterior, sino en una actitud interna del autor hacia su hacer: no es la concreta peligrosidad del hecho, sino la **abstracta peligrosidad del ánimo**, lo que proporciona el punto de vista decisivo para la punición de este grupo de delitos. Más precisamente, estamos frente a un delito *mutilado de dos actos*, en donde el sujeto activo realiza una acción dolosa como medio ejecutivo para una ulterior actuación del propio autor, el fin subjetivo buscado, pretendido, por este último. Se aprecia por la doctrina que la ejecución del primer acto debe estar dirigido a la realización del segundo, y que tanto la concreción del tipo como la perfecta consumación resultan independientes de la ejecución o no de la conducta posterior, la cual no es menester que se produzca. Es decir, el tipo de delito mutilado de dos actos se consume con la práctica de la acción básica (primer acto) descrita en la norma, siempre que el acto sea ejecutado con la finalidad subjetiva exigida en la ley, finalidad que trasciende del ámbito del dolo y que consiste en el propósito de realizar un ulterior comportamiento del propio autor.

Por último, dos ideas en torno al **bien jurídico protegido** por estas figuras. Decidirse por la **protección penal de la competencia** y de terceros permite rodar por el camino marcado por las instancias supranacionales y europeas

desde mediados de los años noventa, para así alejarse de conductas que comporten o puedan comportar distorsiones en la competencia leal y en los intereses tanto de los sujetos que entren en competencia como de los consumidores. Asimismo, no olvidemos que parte importante de la obligación de servir a los intereses generales no descansa únicamente en la Administración, también se apoya en la sociedad y sus entidades privadas, grupos de interés y particulares, quienes son llamados a colaborar con los poderes públicos para alcanzar un objetivo que es común, propio de aquellos sistemas que dicen ser un Estado social y democrático de Derecho. Esta doble vertiente, pública y privada, de comportamientos contrarios a los intereses generales y que nutre el continente de casos de corrupción, hace recordar la duplicidad que invoca Fausto cuando utiliza la expresión *hay viviendo dos almas en mi pecho* para referirse a situaciones de encuentro / tensión o confluencia de factores disímiles.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, M. (2005). *El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Abanto Vásquez, M. (2010) Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia. En *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*. Serrano-Piedecabras y Demetrio C. (Dirs.). Madrid, España: Colex.
- Benito, D. y Cerina, G. (2009). Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma. En: *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal* Diego Díaz-Santos et al. (coords.). Salamanca, España: Ratio Legis.
- Cugat Mauri, M. (1997). *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona, España: Cedecs.
- Demetrio Crespo, E. (2000). Corrupción y delitos contra la Administración pública, En: *La corrupción, aspectos jurídicos y económicos*. Fabián C (coord.). España: Ratio Legis.
- Demetrio Crespo, E. (2002) Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración pública. En: *Fraude y corrupción en la Administración pública*. Ferré (ed.), vol. III. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Díaz y García Conlledo, M. (2007) El tratamiento de la corrupción en el proyecto de reforma del Código penal de 2007. En: *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Arangüena y Sanz (coords.). Valladolid, España: Lex Nova.
- Foffani, L. (2006). *La corrupción privada*. En: *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo* Arroyo y Nieto (coords.). España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Gili Pascual, A. (2007), Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (19), 245-251.
- Gonzalez, J. (2000). *Corrupción y justicia democrática*. Madrid, España: Closas-Orcoyén.
- Laporta San Miguel, F. (1997). *La corrupción política: introducción general*, en *La corrupción política*. Laporta y Álvarez (eds.). Madrid, España: Alianza.
- Navarro Frias, I. y Melero Bosch, L. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. En *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*.(4) pp. 1-40.
- Nieto Martin, A. (2002). La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). En *Revista Penal*, (10), 62-65.
- Valeije Alvarez, I. (1997). Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”, En *Cuadernos de Política Criminal*, (62), 435-498
- Vargas Llosa (2002) ¿El principio de la impunidad?, Recuperado de: <http://www.caretas.com.pe/2002/1709/columnas/mvll.phtml>.
- Virgolini, J. (2004). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Virgolini, J. (2006). Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del Derecho. En *Delincuencia económica y corrupción* Baigún y García (dirs.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.



El delito de omisión de control: un análisis dogmático

María Camila Correa Flórez¹.

1) Introducción

En Colombia todavía se extrañan trabajos que se dediquen a hacer análisis dogmáticos sobre delitos contenidos en la parte especial del CPCol². Hay delitos que no han sido trabajados desde el punto de vista dogmático o que directamente no han sido tratados por la doctrina.

¹ Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora de cátedra y coordinadora del programa de Constitución y Democracia de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia. Investigadora asociada del Grupo de Investigaciones en Derecho penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de los Andes. ma-corr1@uniandes.edu.co.

El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de los Andes.

² En adelante: CPcol.

El delito de omisión de control es un ejemplo del primer caso: ha sido trabajado, por su conexión con el lavado de activos, desde puntos de vistas político criminales y criminológicos, pero hay pocos trabajos (entre esos los acá citados) que estén dedicados a poner de manifiesto las particularidades dogmáticas del tipo penal.

Consideramos que realizar análisis dogmáticos es relevante para la correcta aplicación de las normas porque evita injusticias o abusos de la ley. Es por ello que creemos importante dedicarle unas páginas a la realización de un análisis en el que el tipo penal, consagrado en la parte especial, dialogue constantemente con las figuras dogmáticas consagradas en la parte general y con los principios generales del derecho.

2) El tipo penal de omisión de control

El delito de omisión de control está consagrado en el artículo 325, del capítulo V (del lavado de activos) del título X (Delitos contra el orden económico social) del CPcol, de la siguiente manera:

Omisión de control. El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión (...)

El bien jurídico protegido por el tipo penal es el orden económico social, entendido como un objetivo político criminal que se manifiesta en dos sentidos. En sentido amplio se entiende como la regulación jurídica de la producción, consumo y distribución de servicios y bienes y en sentido estricto como la regulación jurídica de la intervención del estado en la economía. (Díaz - Maroto y Villarejo, 2016). Es decir, el orden socioeconómico está compuesto por reglas y principios instrumentales referentes a la actividad económica (Molina Fernández, 2009).

De manera específica, lo que protege el delito de omisión de control es la utilización del sistema financiero para ingresar dinero de origen ilícito al

tráfico económico. Para ello, el mismo sector financiero adquiere una doble calidad ya que debe prevenir, detectar y reportar la inclusión de dineros ilícitos al mercado financiero y se va a constituir, de una u otra manera, como sujeto pasivo del delito. (Hernández Quintero, 2014).

En este sentido, la conducta delictiva de omisión de control consiste en omitir el cumplimiento de alguno, o todos, los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento para las transacciones en efectivo, con la finalidad de encubrir su origen ilícito. (Ruiz López, Vargas Lozano, Castillo Gara & Cardona Soto, 2015). Así las cosas, el tipo penal es la “forma de penalizar la conducta de los empleados o directivos de las instituciones financieras o cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, que participen en actividades de lavado de activos.” (Bazzani Montoya, 2011).

El objeto material sobre el que recae la conducta, como bien puede extraerse de la lectura del propio tipo penal, es el dinero en efectivo de origen ilícito.

a) El tipo penal

En primer lugar, haremos referencia a la estructura del tipo penal consagrado en el artículo 325 del CPcol, para luego adentrarnos en algunas particularidades del mismo.

Así, el de omisión de control es un tipo penal simple, en blanco, mono-subjetivo, con sujeto activo cualificado, de mera conducta, de peligro de abstracto y de omisión. Es importante aclarar que consagra una omisión pura o propia y que para su configuración, en sede de tipicidad subjetiva, además del dolo, se requiere un elemento subjetivo: omitir los controles con la finalidad de ocultar su origen ilícito.

Se trata de un tipo penal con sujeto activo cualificado o tipo penal especial propio. Ello, debido a que solo pueden cometer la conducta de omisión de control los miembros de las juntas directivas, los representantes legales, los administradores o los empleados (entendiendo éstos como cajeros, revisores y oficiales de cumplimiento) de instituciones financieras o cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito.

Serán **instituciones financieras** todas aquellas entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera (artículo 325.2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 72 de la Ley 793 de 2003 y por el parágrafo 3° del artículo 75.1 de la Ley 964 de 2005.). Dichas entidades son:

a.) Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros b) Oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior; c) El Banco de la República; d) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; e) El Fondo Nacional de Garantías S.A.; f) El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade; g) Las casas de cambio, y h) Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente³.

Por su parte, las **cooperativas que ejercen actividades de ahorro y crédito** son aquellas vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria. Estas cooperativas realizan operaciones de crédito y ahorro exclusivamente con sus asociados (artículo 41 de la Ley 454 de 1998). Entran dentro de esta

³ Ahora bien, es relevante mencionar que en la Circular Externa 62 de 2007 la obligación de control se extiende a los emisores de valores no sometidos a la inspección permanente de la Superintendencia, excepto la Nación. Así, “este control debe ejercerse cuando en desarrollo de sus actividades adquieran recursos a través de la emisión y colocación de valores y emisores.” (Hernández Quintero, 2015).

definición las cooperativas multiactivas e integrales vigiladas por la misma Superintendencia cuando, por circunstancias especiales y justificadas por condiciones sociales, ejerzan actividades financieras con sus asociados (artículo 39 de la Ley 454 de 1998).

Siguiendo lo establecido por el tipo penal, el sujeto activo debe estar vinculado a cualquiera de las instituciones definidas previamente, para poder realizar la conducta. Así, puede ser **un miembro de la junta directiva** donde se encuentran incluidos los directores de la entidad. Estos miembros tienen la atribución de ordenar o autorizar la celebración de contratos, de actos, de tomar decisiones sobre el camino que debe tomar el desarrollo de la actividad económica y el alcance de las operaciones de la entidad (Hernández Quintero, 2015).

También pueden ser sujetos activos de la conducta de omisión de control los **administradores** encargados de desarrollar las directrices dadas por los directores. Son administradores el representante legal, el liquidador, el factor y los miembros de las juntas o consejos directivos que ejerzan estas funciones según los estatutos (artículo 22 de la Ley 222 de 1995). El **representante legal**, listado autónomamente en el tipo penal, es aquel que representa judicial o extrajudicialmente a la entidad. Ahora bien, el tipo también consagra que los empleados de dichas instituciones o cooperativas pueden ser sujetos activos de la conducta. A efectos de la disposición penal, por **empleado** se entiende aquella persona con poder de decidir que una operación no se registre o que, siendo sospechosa, no se reporte. Así, los cajeros, el oficial de cumplimiento y cualquier persona vinculada a la entidad con una asignación legal o estatutaria de control de operaciones para evitar el lavado de activos, puede ser sujeto activo de la conducta (Hernández Quintero, 2015).

El verbo rector del tipo es omitir, más exactamente omitir los mecanismos de control establecidos para las transacciones en efectivo. Para poder establecer si se configura la omisión propia, se requiere conocer cuáles son estos mecanismos de control y si, en efecto, el sujeto activo omitió realizarlos con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Dichos controles están contenidos en el Capítulo XVI del Estatuto Orgánico del sistema Financiero (EOSF). El artículo 102.1 (modificado por el

artículo 1 de la Ley 1121 de 2006) del mencionado Estatuto consagra la obligación de control, por parte de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Financiera, para evitar que

(...) en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

En el numeral 2 del mismo artículo se establecen las finalidades que deben tener los mecanismos de control; así, la institución financiera o cooperativa debe tener conocimiento sobre las actividades económicas de sus clientes, establecer el volumen y las características de las transacciones financieras de sus usuarios, diligenciando los formatos con la información básica de dichas transacciones y si el monto o volumen de los fondos de sus clientes coinciden con su actividad económica. De igual manera deben reportar a la UIAF (Unidad de información y análisis financiero) las actividades financieras sospechosas y seguir las pautas internacionales y del gobierno nacional, respecto al tema (Castro Cuenca, 2001).

Dichas obligaciones de control son: a). control de las transacciones en efectivo. Según el artículo 103.1 de EOSF, las instituciones financieras sujetas a control deben dejar constancia, en un formulario especial, de toda la información referente a las transacciones en efectivo que se realicen, bien sea en moneda nacional o extranjera. Transacciones estas que superen el tope señalado por la Superintendencia Financiera⁴. El numeral 2 de este artículo establece, además, que cuando por razones de su actividad económica un cliente deba realizar numerosas transacciones en efectivo, éstas podrán ser consignadas en un registro. Sobre ello, la entidad debe entonces informar a la Superintendencia Financiera. Y b). El deber de información periódica a la UIAF. Siguiendo lo establecido en el artículo 104, las instituciones finan-

⁴ Los formularios deben contener: el nombre, la dirección y la firma de la persona que realiza la transacción y de quien la recibe, los datos de los números de cuentas, tipo de transacción, identificación de la institución financiera en la que se realiza la transacción y fecha, hora y lugar de la misma.

cieras deben informar a la UIAF todas las transacciones en efectivo antes mencionadas, conforme a los lineamientos de la Superintendencia.

Este deber de información periódica se traduce en cuatro obligaciones de reportes externos referentes a las transacciones en efectivo que le impone a las entidades la Circular 022 de 2007 de la Superintendencia Financiera⁵; reportes que deben realizarse ante la UIAF. Así, en primer lugar, la sección 4.2.7.2.1 de la Circular establece que las entidades deben reportar a la UIAF las operaciones que consideren o determinen sospechosas que se hayan intentado hacer y/o hayan sido rechazadas, precisamente, por considerarse sospechosas. No se requiere que se tenga una certeza de que los dineros provienen de una actividad delictiva. En segundo lugar, la sección 4.2.7.2.2 de la misma circular obliga a las entidades a remitir un informe de las transacciones en efectivo a la UIAF, dentro de los diez días calendario del mes siguiente al del corte⁶. En tercer lugar, la sección 4.2.7.2.3 consagra el deber de reportar la lista de los clientes exonerados del reporte de las transacciones en efectivo, dentro del mismo plazo establecido en el numeral anterior y en cuarto y último lugar, la sección 4.2.7.2.4 impone el deber de realizar el reporte de las transacciones múltiples en efectivo⁷, dentro del mismo plazo establecido en los numerales anteriores.

Ahora bien, la omisión de los controles antes mencionados se debe realizar con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los dineros en efectivo. Esto implica que para que se configure el tipo penal el agente no solo debe actuar a título de dolo: tener noticia del origen ilícito del dinero sobre el que no va a efectuar los controles, sino además la específica finalidad encubridora del origen ilícito del mismo (Fabián Caparrós, 2013). Así,

⁵ Esta circular le da instrucciones a las entidades para que implementen el Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y financiación del Terrorismo (Sarlaft).

⁶ Este mecanismo de control actúa como complemento al establecido en el artículo 103. 1 del EOSF, antes mencionado.

⁷ Son aquellas transacciones individuales en efectivo, realizadas por cuantías inferiores a las señaladas en el instructivo contenido en el Anexo II de la Circular, que se realicen en una o varias oficinas, durante un mes por la misma persona o en beneficio de la misma persona y que superen o igualen las cuantías antes mencionadas.

estamos en sede de un elemento subjetivo diferente al dolo (Ruiz López et al, 2015). Como es evidente, la conducta se debe realizar a título de dolo directo. No parece viable que esta conducta, ni ninguna que exija para su configuración la concurrencia de un elemento subjetivo, se pueda cometer a título de dolo de segundo grado o eventual.

Ahora bien, puede pensarse un supuesto en que el sujeto activo omita voluntariamente los controles pero que no sepa que los dineros en efectivo provienen de actividades delictivas. Esto eliminaría el dolo, por configurarse un error de tipo: la persona está errando sobre uno de los hechos constitutivos de la descripción típica (artículo 32.10 CPcol.) y, por tanto, no omita los controles con la finalidad de ocultar su origen ilícito. En este caso no habría dolo ni elemento subjetivo diferente a éste, constituyéndose así la atipicidad de la conducta. De lo anterior se evidencia además que el elemento subjetivo es el que le otorga relevancia penal a la conducta, porque si se omiten los controles sin finalidad específica alguna, estaríamos frente a una mera infracción administrativa (Fabián Caparrós, 2013).

b) Particularidades del tipo penal

i) Delitos fuente

Como se mencionó anteriormente, el artículo 325 consagra un elemento subjetivo diferente al dolo consistente en la finalidad de encubrir el origen ilícito de los dineros. Este elemento subjetivo no solo actúa como tal, sino que de su lectura se deriva una pauta objetiva para establecer la responsabilidad penal: que el dinero del que consta la transacción en efectivo cuyo control se omite, debe provenir de la comisión de una conducta punible.

Luego de una lectura literal del precepto se podría afirmar que la conducta delictiva de la que proviene el dinero en efectivo (o delito fuente) puede ser cualquiera de las consagradas, como tal, en el CPcol, sin embargo hay posiciones que argumentan que los delitos fuente deben ser los mismos consagrados en el artículo 323 del CPcol (lavado de activos). Esta es precisamente la posición de la Corte Suprema de Justicia que afirma que, a la

hora de realizar la imputación por el artículo 325, se debe hacer un análisis dentro del contexto del artículo 323, es decir, se ha de realizar una:

interpretación sistemática y teleológica de ambos preceptos, como quiera que el delito de omisión de control quedó inscrito en el capítulo que reprime el lavado de activos como el comportamiento que atenta contra el orden económico y social, cuyo objeto material es el encubrimiento u ocultamiento del origen ilícito de los bienes provenientes del blanqueo de capitales. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de octubre de 2004)

Ello equivale a afirmar que lo que se protege, a través de las conductas consagradas en ese capítulo, es el lavado de los dineros que provengan de las actividades delictivas listadas en el artículo 323. En otras palabras, según la CSJ, el único objeto material de estas conductas, incluida la consagrada en el 325, es el dinero proveniente de los delitos fuente que establece como tales el artículo 323.

Contra este planteamiento surgen posiciones que respaldan la lectura literal del precepto y, por ende, sostienen que el dinero en efectivo puede provenir de cualquier delito. Así, por ejemplo, Fabián Caparrós (2013) sostiene que si el legislador hubiese querido reducir los delitos fuente a los listados en el 323 lo habría hecho y recuerda que el principio de legalidad impide hacer una interpretación en el sentido en el que la hace la CSJ. Sumado a lo anterior, considera que lo planteado por esta Corporación es errado porque el daño al bien jurídico “se produce con independencia de cuál será la concreta procedencia de los bienes, de modo que solo el expreso mandato legal autoriza a restringir la punibilidad.” (Fabián Caparrós, 2013).

Esta interpretación es errada porque lleva a entender que si el dinero en efectivo proviene de un delito no listado en el 323 y se configura la omisión de control, habría delito; pero si no hubiese un sujeto activo cualificado que omitiera los mecanismos de control, sino una persona sin cualificación que realiza alguno de los verbos rectores consagrados en el 323, no habría responsabilidad penal alguna por tratarse de una actuación atípica, ya que el dinero no provendría de ninguno de los delitos fuente listados en el tipo mencionado. Lo anterior iría en contra de la finalidad de las normas que sancionan el lavado de activos.

ii) Tipo penal de omisión propia

La conducta delictiva, en general, puede realizarse de manera omisiva no haciendo algo o no evitando un resultado con esa no actuación. La primera modalidad se conoce como omisión propia o pura y la segunda, como comisión por omisión (Mir Puig, 2015).

Las conductas que se realizan mediante omisiones puras o propias están expresamente consagradas como tales en los Códigos Penales (Rengier, 2015). Normalmente se trata de tipos penales especiales, en el sentido de que las personas que pueden omitir determinada circunstancia ostentan un deber legal o jurídico de realizarlo y, por eso, su no realización es punible (Jakobs, 1997).

Como se mencionó anteriormente, el tipo penal de omisión de control consagra un delito de omisión propia o pura porque sanciona el solo hecho de no realizar los controles establecidos por el ordenamiento para las transacciones en efectivo. Ahora bien, los sujetos activos de este delito sí ostentan un deber legal o jurídico que les ha sido dado por los distintos instrumentos del ordenamiento, ya mencionados, ya que, debido a la labor que desempeñan, tienen una relación especial de cuidado con el bien jurídico protegido: el orden económico y social que se manifiesta en la no utilización del sistema financiero para introducir dinero *negro* en la economía; esto implica que los únicos que pueden omitir los controles para las transacciones en efectivo son aquellos que legalmente están obligados a realizarlos (los sujetos activos de la conducta); constituyéndose así la norma de mandato (*Gebotsnorm*) cuyo no acatamiento, es decir, su no realización genera responsabilidad penal por ese mero hecho. Por ello se está en presencia de un tipo penal de mera conducta inversa, siguiendo la terminología utilizada por Jakobs (1997).

iii) Tipo penal en blanco

La consagración de conductas punibles a través de tipos penales en blanco es una técnica legislativa muy utilizada a la hora de tipificar delitos de contenido económico. Según Tiedemann (2010), esto es así debido a que históricamente, el derecho penal económico estaba pensado para tiempos

de crisis y por tanto “el tipo legal penal en blanco deja en manos de la administración, según la situación cambiante u las necesidades, dictar actos que solamente de forma muy abstracta puedan ser señalados en la ley”. Sumado a lo anterior, los tipos penales en blanco evitan la necesidad de crear constantemente tipos penales que puede surgir del hecho de que la economía, como fuente material del derecho, está en constante cambio y fluctuación.

Como se mencionó anteriormente, el tipo penal de omisión de control es un tipo penal en blanco, porque –en este caso– el supuesto de hecho “se halla consignado de forma (...) parcial en una norma de carácter extrapenal” (Velásquez Velásquez, 2017). Tanto lo que se entiende por cada sujeto activo listado en el tipo, como los controles que se deben omitir para la configuración de la conducta, están contenidos en normas extrapenales analizadas y explicadas anteriormente (EOSF y Circula 022 de 2007 de la Superintendencia Financiera). Esto implica que sin la remisión a estos instrumentos, no habría manera de saber si se configura o no la conducta omisiva.

Ahora bien, los tipos penales en blanco, como el aquí estudiado, pueden representar un problema en materia de error, bien sea de tipo o de prohibición. Esto es así porque al tener una multiplicidad de remisiones normativas, podría alegarse –eventualmente– que: a.) el sujeto activo no conocía las normas complementarias o b.) las interpretó mal, o c.) desconocía una de las circunstancias fácticas de éstas. Así en los dos primeros casos habría un error de prohibición y en el último uno de tipo (Arias Eibe, 2007).

En el caso de la omisión de control, es poco probable que se configure un error de prohibición por desconocimiento de las remisiones normativas, ya que los sujetos activos de la conducta suelen ser personas que trabajan en el mundo financiero y están al tanto de la existencia del EOSF y de las diferentes circulares emitidas por la Superintendencia Financiera (instrumentos jurídicos donde se encuentran consagrados los controles). Lo que implica que se ha tenido la oportunidad de actualizar el conocimiento de lo injusto de la conducta, estimándose así, cumplida la consciencia de la antijuridicidad (Artículo 32.11. Inciso 2. CPcol.)

Ahora, supongamos entonces que el sujeto activo, teniendo la finalidad de ocultar el origen ilícito de los dineros, cree que no está obligado a

realizar un reporte por tratarse de una transacción, pero en realidad esta hace parte de lo que, según la sección 4.2.7.2.4 son transacciones múltiples en efectivo que se deben reportar. En este caso habría una incorrecta interpretación de la norma de remisión que llevaría a un error de prohibición. Sin embargo, no parece probable que esto suceda, es más probable que la persona no sepa que debe reportar en algunos casos, pero que –además– no tenga finalidad de ocultar el origen ilícito de los dineros, caso en el cual la conducta sería atípica por ausencia de tipicidad subjetiva y no por desconocimiento de la antijuridicidad.

Respecto a la posible configuración de un error de tipo (desconocimiento de preceptos fácticos de las normas de remisión), parece poco probable por las mismas razones que parece poco probable que haya un error de prohibición por desconocimiento de la existencia de las remisiones normativas: si es poco probable que los sujetos activos de este delito desconozcan las remisiones normativas, lo es también que además no las conozcan a cabalidad.

No obstante lo anterior, es relevante recordar que lo que se sanciona con este tipo penal es la omisión de los controles con la finalidad de encubrir el origen ilícito de los dineros; sin la existencia de la finalidad, es irrelevante si se da un desconocimiento o una mala interpretación de las normas, porque, como afirma Fabián Caparrós (2013), es el propio elemento subjetivo el que caracteriza el injusto material del delito.

c) Tensiones con el principio de legalidad: análisis desde la jurisprudencia

Ahora bien, el tipo penal analizado ha sido objeto de críticas porque, a juicio de algún sector de la doctrina, resulta contrario al principio de legalidad debido al exceso de remisiones propias (es decir a instrumentos jurídicos de menor jerarquía que la ley) que éste contiene (Puyana Ramos, 1999). Con el objeto de establecer la veracidad de lo anterior, haremos un análisis del tipo penal de omisión de control, a la luz de los parámetros que han establecido la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia para poder resolver una tensión existente entre un tipo penal en blanco y el principio de legalidad.

La jurisprudencia constitucional colombiana advierte que la mera remisión normativa no constituye *per sé* una violación al principio de legalidad (Corte Constitucional. Sentencia C 605/2006). Para establecer si se da o no dicha violación se requiere hacer un análisis a la luz del propio contenido del principio en tensión: ley formal, preexistente, escrita, estricta y cierta (Fernández Carrasquilla, 2011).

Hay que recordar que los tipos penales en blanco son una herramienta de técnica legislativa que resulta particularmente útil a la hora de tipificar conductas delictivas con un contenido económico, porque la economía cambia constantemente. El hecho de que la norma esté en blanco, permite que los instrumentos a los que se remiten cambien y evita un desgaste legislativo ya que no hay necesidad de crear tipos penales nuevos que deroguen otros. (Corte Constitucional Sentencia C559 de 1999 y CSJ. Sentencia del 12 de diciembre de 2005).

Y es precisamente por esos cambios constantes que no se puede hacer una interpretación absoluta del principio de legalidad y la obligación de realizar una descripción típica exhaustiva “va hasta donde la naturaleza de las cosas lo permite. En respuesta a dicha limitante, impuesta por la misma realidad de las cosas y por la evidente complejidad del fenómeno delictivo, el legislador admite que otras disposiciones complementen la descripción legal”. (Corte Constitucional. Sentencia C605/2006).

La Corte Suprema de Justicia explica que los tipos penales en blanco se componen por un núcleo esencial (el tipo penal como tal) y el complemento (los instrumentos de remisión). El primero debe señalar claramente la descripción exhaustiva de la conducta, su respectiva pena y la remisión tácita o explícita a otro instrumento del ordenamiento jurídico, mientras que el segundo “especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo” (CSJ. Sentencia del 12 de diciembre de 2005).

En el tipo penal de omisión de control, el núcleo esencial es el siguiente: “omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho a ciento

veintiocho meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres a quince mil SMLMV”, mientras que el complemento serían las remisiones al EOSF y a la Circular 022 de 2007 de la Superintendencia Financiera, explicadas anteriormente.

Como se ha establecido a lo largo del presente texto, la conducta sancionada por el tipo de omisión de control es, precisamente, omitir los controles establecidos para las transacciones de dinero en efectivo, con una finalidad de ocultar su procedencia ilícita (Ferreira Delgado, 2006). La forma de comisión es clara e inequívoca: para incurrir en el tipo no se deben realizar los controles; además, la existencia del elemento subjetivo reduce el ámbito de aplicación de la norma a unas situaciones específicas, no dejando espacio para la interpretación ni, como es evidente, para una posible imposición de pena por responsabilidad objetiva. Ahora bien, los complementos son de carácter general y han sido expedidos por las entidades competentes. El EOSF fue expedido por el Presidente de la República haciendo uso de las facultades concedidas por la Constitución y la Ley y la Circular fue expedida por la entidad competente para regular todo lo referente al control de las operaciones financieras. En este punto es importante aclarar que el decreto no crea conductas que puedan ser delictivas debido a la remisión, simplemente establece unas obligaciones de control.

Sumado a lo anterior, los instrumentos de remisión son claros e inequívocos. Contra esto sería posible contra argumentar que el artículo 104 del EOSF puede ser algo vago; sin embargo, éste se ve complementado por la Circular 022. Si bien esto implica un segundo reenvío, a nuestro juicio, mientras se cumplan con las exigencias legales y jurisprudenciales, no hay ningún problema en materia de legalidad y lo establecido por las secciones, ya analizadas, de la circular es bastante preciso, incluso, en materia de plazos.

Así las cosas, la remisión es precisa y es previa; y si bien no es de conocimiento público, es decir, no es conocida por todos los ciudadanos, es conocida por los destinatarios del mandato; lo que a nuestro juicio satisface este requisito y no contradice la Constitución Política, cumpliéndose así las exigencias dadas por el contenido del principio de legalidad y desarrolladas por la jurisprudencia constitucional:

la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales. En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, debe ser previa a la configuración de la conducta. La norma de complemento debe ser, en tercer término, de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales (Corte Constitucional. Sentencia C605/2006).

Si bien el tipo penal presenta problemas, como veremos más adelante, no parece que el ser contradictorio, por ser un tipo penal en blanco, con un principio fundante del ordenamiento jurídico penal, sea uno de ellos. Es verdad que las normas penales en blanco son figuras problemáticas, pero para establecer su constitucionalidad se deben hacer análisis profundos de las normas de remisión, a la luz de los propios principios constitucionales.

3) Análisis de Imputación objetiva

El análisis de Imputación objetiva consta de dos niveles. El primero, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el segundo la realización de este riesgo en el resultado (Reyes Alvarado, 2005).

Para establecer si estamos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado se debe tener en cuenta si el sujeto activo está actuado por fuera del riesgo permitido, lo que implica que lo hace, además, por fuera del correcto ejercicio del rol (Correa Flórez, 2013). Ahora bien, la realización del riesgo en el resultado se configura en el momento en el que ese riesgo creado genera la vulneración de la norma penal (Reyes Alvarado, 2016).

En primer lugar es importante recordar que todas aquellas personas que se pueden constituir como sujetos activos de la conducta de omisión de control, “ostentan un rol de garante en su propio ámbito de organización” (Muñoz García, 2016), debido a la, ya mencionada, especial relación de cuidado que tienen con el bien jurídico; es decir, una relación con el bien jurídico, definida positivamente debido al estatus del autor (Jakobs, 1997). Esta relación de cuidado se traduce, entre otros deberes y obligaciones, en particular con este tipo penal, en la obligación de realizar los controles establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo.

Lo anterior implica que en el momento en el que el sujeto activo no actúa de acuerdo con dicha normatividad con la finalidad de encubrir el origen ilícito del dinero, es decir, actúa por fuera del riesgo permitido, estaría creando un riesgo jurídicamente desaprobado (Reyes Alvarado, 2005) ya que, por esa sola acción, (delito de mera conducta) se está poniendo en riesgo el orden económico y social al abrir el camino para que el sistema financiero sea utilizado para blanquear dinero (Hernández Quintero, 2014), riesgo que se realiza en el resultado ya que con esa actuación se está infringiendo la norma penal consagrada en el artículo 325.

4) Naturaleza de la conducta

Respecto de la conducta consagrada en el tipo penal de omisión de control se dice que se trata de una modalidad de lavado de activos especial o calificada por el sujeto activo. Así, según Fabián Caparrós (2013) la omisión de control es una forma específica de lavado de activos que está restringida a “ciertos sujetos respecto a determinados ámbitos de actuación”, pero que no es un tipo penal subordinado al 323 y por ello los delitos fuente del dinero en efectivo que constituye, por ejemplo, la transacción no reportada, no deben ser los listados en el 323.

En contra de lo anterior encontramos la postura de Bazzani Montoya (2011) quien sostiene que se penaliza de manera específica el tipo calificado tentado de lavado de activos: “se establece de este modo una sanción más severa para la forma tentada cometida por este grupo de personas, que corresponde con la mayor exigencia de transparencia a quienes hacen parte del sistema financiero que se pretende proteger”.

No compartimos la idea de que lo que sancione a través del tipo penal de omisión de control sea una tentativa de lavado, por dos razones. En primer lugar, porque de una lectura del propio tipo penal, en conjunto con el de lavado, se puede establecer que la conducta descrita en el primero se ajusta a los verbos rectores del segundo. Así, lo que se está haciendo con a través de la omisión de los controles en realizar un acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los dineros; conducta que es

una modalidad comisiva del lavado de activos⁸. De ello se deriva que el delito de omisión de control es una modalidad específica de lavado de activos, calificada por el sujeto activo y, que además, recae sobre un objeto material específico: dinero en efectivo.

De ello se desprende la segunda razón por la que no consideramos que estemos en presencia de una modalidad tentada de lavado. Una tentativa de lavado se constituiría en el momento en el que se realizan todos los actos para poner en peligro el bien jurídico del orden económico y social, pero este peligro no se concreta por motivos ajenos a la voluntad del autor. Es decir, se pone en riesgo el bien jurídico, pero no se cumple alguno de los elementos exigidos por el tipo penal (Reyes, 2016), lo que termina vulnerando la norma de tentativa. Del análisis anterior, es claro que lo que se está vulnerando a través de la conducta de omisión de control no es solo la norma del 325, sino además la norma del 323 que contiene el delito consumado de lavado. Si bien la estructura de ambos tipos es similar a la estructura de la tentativa, por ser tipos de mera conducta, la diferencia radica en la norma vulnerada con la actuación, entendida como la realización del riesgo creado, en el resultado.

La especial relación de protección que tienen los sujetos activos con el bien jurídico va a justificar la tipificación autónoma de una modalidad comisiva del lavado de activos, ya que a estas personas, precisamente por el rol que ostentan, se les debe exigir más y, por ende, deberían ser sancionadas con mayor pena.

⁸ No sobra recordar que el tipo penal consagrado en el artículo 323 del CPcol reza lo siguiente: “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, **o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito** incurrirá, por esa sola conducta (...)” (Negrillas propias)

No obstante lo anterior el tipo penal de omisión de control tiene significativamente menos pena que el de lavado de activos⁹. Esto, a diferencia de la supuesta contradicción con el principio de legalidad basada en las remisiones normativas, si puede resultar contrario a la igualdad y a la proporcionalidad, porque como afirma Fabián Caparrós (2013), existe una injusticia comparativa. No tiene sentido que quien ostenta un deber de garantía frente al bien jurídico obtenga menos pena que quien no lo tiene. En la misma línea, resulta contrario a la igualdad que quien no teniendo la cualificación para incurrir en el tipo penal del 325 y realice un acto dirigido a encubrir el origen lícito de los dineros en efectivo reciba más pena, que quien sí está cualificado.

Este es el verdadero problema que representa este tipo penal. Sin embargo, el hecho de que tenga menos pena, no implica que no sea un tipo penal especial de lavado, como afirma Bazzani Montoya (2011) “tal interpretación haría el precepto irrazonable, toda vez que la pena imponible para el sujeto cualificado en el tipo (...) resultaría considerablemente más leve que la señalada para cualquier otra persona”. Basar la naturaleza de la conducta en la pena contemplada para ella no tiene sentido. La pena establecida para una conducta delictiva no determina su naturaleza como tipo de autoría, de participación o de tentativa, se trata solamente de un error de técnica legislativa que genera una violación de algunos principios, pero no fundamenta la naturaleza de la conducta.

Ahora bien, si partimos de la base de que el tipo penal de omisión de control es un tipo especial de lavado de activos, podemos afirmar que entre estos dos tipos penales se presenta un concurso aparente que se soluciona por el principio de especialidad, dándole aplicación al 325 sobre el 323.

5) Conclusiones

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que, en primer lugar, el delito de omisión de control no vulnera el principio de legalidad por el solo

⁹ Mientras que la pena consagrada para el lavado de activos va de 10 a 30 años, la de la omisión de control está contemplada entre 3 y 10 años.

hecho de ser un tipo penal en blanco. Luego de un análisis detenido de las remisiones normativas, se puede afirmar que se cumplen con los requerimientos constitucionales establecidos para los tipos penales en blanco. En segundo lugar, es claro que el sujeto activo del tipo penal es cualificado por la especial relación que tiene con el bien jurídico y por ello una mera omisión de un control, puede desencadenar responsabilidad penal si concurre elemento subjetivo que, además, en tercer lugar es el que determina la relevancia penal de la conducta. Por último, en cuarto lugar, estamos en sede de un tipo penal que sanciona una modalidad de lavado de activos, aunque quien incurra en esta obtenga menos pena, lo que implica que se da un concurso aparente entre el lavado y la conducta analizada.

6) Bibliografía

- Arias Eibe, Manuel José. (2007). El error en el Código Penal de 1995. Madrid: Dykinson.
- Bazzani Montoya, Darío. (2011). Del lavado de activos. En Lecciones de Derecho Penal: parte especial. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Castro Cuenca, Carlos G y Araujo Ariza, Andrés A. (2011). Lavado de activos y conductas afines. En: Castro Cuenca, Carlos G (Coord.). Manual de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario - TEMIS. pp. 137 - 169.
- Correa Flórez, María Camila. (2013). Adecuación social, rol y riesgo permitido: a la búsqueda de un contenido conceptual para las acciones neutrales. En Posada Maya, Ricardo (Coord.), Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de Derecho Penal. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Díaz - Maroto y Villarejo, Julio. (2016). Blanqueo de capitales. En Molina Fernández, Fernando (Coord.), Memento práctico de Derecho Penal. pp. 1338 - 1354. Madrid: Francis Lefebvre.
- Fabián Caparrós, Eduardo A. (2013). Los tipos de omisión en la regulación penal del lavado de activos. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. Legis. 42. pp. 31 - 71.
- Fernández Carrasquilla, Juan. (2011). Derecho Penal. Parte General Principios y categorías dogmáticas. Bogotá: Ibáñez Editores.
- Ferreira Delgado, José Francisco. (2006). Derecho Penal Especial Tomo II. Bogotá: Temis S.A.

- Hernández Quintero, Hernando A. (2014). Lavado de activos: responsabilidad de los funcionarios del sector financiero por la omisión de control. *Revista de Derecho Penal y Criminología - Universidad Externado de Colombia*. 35 (98), pp. 93-130.
- Hernández Quintero, Hernando A. (2015). Los delitos económicos en la actividad financiera. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jakobs, Günther. (1997). *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Cuello Contreras, Joaquín y González de Murillo, José Luis (Trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, Santiago. (2015). *Derecho Penal: Parte General. Décima Edición*. Barcelona: Reppertor.
- Molina Fernández, Fernando. (2009) ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la <<participación>> en el delito. En Bajo, Miguel y Bacigalupo Silvina (Coords.) *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons. pp. 91 -123.
- Muñoz García, Miguel Ángel. (2016) Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho Penal financiero y el lavado de activos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Puyana Ramos, Guillermo. (1999). Omisión de control del lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa. *Revista de Derecho Penal y Criminología - Universidad Externado de Colombia*. 21 (67), pp. 51-78.
- Rengier, Rudolf. (2015). *Strafrecht A.T. 7. Aufl.* München: C.H. Beck.
- Reyes Alvarado, Yesid. (2005). *Imputación Objetiva*. Tercera Edición. Bogotá: Temis.
- Reyes Alvarado, Yesid. (2016). *El delito de tentativa*. Buenos Aires: B de F.
- Ruiz López, Carmen Eloísa, Vargas Lozano, Renato, Castillo Gara Laura y Cardona Soto Daniel E. (2015). *El lavado de activos en Colombia: consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tiedemann, Klaus. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Velásquez Velásquez, Fernando (2017). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Primera Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Jurisprudencia:

- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2004. Rad. 22673.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 23899.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C605/2006.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C559/1999.



Apuntes sobre la normativización del Derecho Penal Económico

Andrés Felipe Duque Pedroza¹

1) Introducción

Con la existencia de teorías sociológicas, surgidas, particularmente, en tiempos recientes, se ha querido demostrar una cercana relación entre el derecho y la sociedad. Así, tanto la sociología que parte de lo micro, fuertemente representada hoy por autores como Georg Simmel; como aquella que parte de lo macro, teniendo hoy como uno de sus exponentes a Niklas Luhmann, se han impactado, en los últimos tiempos, las construcciones

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Magíster en Derecho Penal. Profesor de Derecho Penal de la UPB. Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Economía, empresa y derecho penal: entre propósitos de convergencia-divergencia”; Radicado CIDI No. 566B02/16-82, y se presenta, también, dentro del proyecto doctoral que el autor actualmente adelanta con la Universidad Santo Tomás, a propósito de las condiciones de posibilidad y los límites de validez del normativismo penal en Colombia.

jurídicas. La mencionada relación ha alcanzado, con gran fijeza y particular detalle, al derecho penal. Tal pretensión va más allá de la descripción de aspectos criminológicos, con los cuales, tradicionalmente, se ha relacionado el derecho penal y la sociología. Hoy, la influencia mencionada ha llegado, incluso, a la modificación de estructuras dogmáticas que varían criterios de imputación en atención a contextos sociales particulares. Así, una real y rigurosa comprensión del sistema penal, requiere en la actualidad, además del estudio de los presupuestos filosóficos en los que se sustenta², el acercamiento a esquemas sociológicos que demarcan pautas de interpretación y sistematización del saber penal.

Desde una mirada sociológica, es necesario afirmar que el derecho penal tiene aplicación en un sistema social concreto. Así, una construcción teórica de la norma penal reconoce la existencia de valoraciones que le anteceden en atención a estructuras axiológicas de tipo social.

En este escenario, el funcionalismo penal, entendido en su concepción más pura, esto es, como aquella corriente que concibe al sistema penal de forma cerrada, que produce y reproduce sus propias operaciones, negando la existencia de cualquier categoría ontológica previa, exige de un acercamiento, como presupuesto, a una concepción teórica de la sociedad.

Esto último fue el arduo camino que emprendió el sociólogo alemán Niklas Luhmann. Su teoría de sistemas ha servido para fundamentar, en el campo del derecho penal, un método que parte de la asignación de responsabilidades conforme a roles y expectativas. Hablamos aquí de la escuela de pensamiento que suele atribuirse al profesor Günter Jakobs.

Con razón, expresa el profesor Polaino Navarrete que:

Es sabido que una de las corrientes que, con mayor intensidad y elevado grado de brillantez, pero quizá también de abstracción, más se ha desarrollado en la reciente sociología jurídica, es la corriente funcionalista. Desde esta perspectiva, se concibe a la sociedad (con mucha claridad en la obra de Luhmann)

² Para un entendimiento riguroso de la relación entre derecho y filosofía, a partir de sus presupuestos filosóficos y metodológicos, véase el texto del profesor Solano Vélaz (2016).

como un sistema autorreferente y autopoietico, que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones (Polaino Navarrete, 2004, pág. 39).

Dentro de este movimiento sociológico es posible entender la denominada *re-normativización*³ de todos los conceptos penales. Así, sería necesario responder a la pregunta sobre cuál es la función del derecho penal a partir de la reafirmación de la identidad social. Como lo sostiene el mismo Jakobs: “Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad” (Jakobs, 1996a, pág. 15). Esto es, por el significado asignado a la pena, se dotan de sentido las características normativas que declaran una conducta como delito. Por tanto, el funcionalismo, así concebido, no reconoce esencia alguna que regule el derecho. Si se quiere, lo que hace Niklas Luhmann en sociología y Günter Jakobs en derecho penal⁴ es negar

³ Cuando aquí, como en general entre los penalistas, se habla de “normativo”, “normativismo” y de “teorías normativistas”, ello no se contrapone a “descriptivo”. La contraposición en derecho penal se produce entre teorías ontologicistas y normativistas. Las primeras parten de que la realidad dada conlleva de modo necesario una determinada valoración jurídica que vincula al observador. Las segundas entienden que no es así, de modo que la valoración jurídica la aporta el observador, atendiendo a diversos criterios de “deber ser”. Para el ontologicismo el “ser” conlleva un determinado “deber ser”. Para el normativista, el “deber ser” no deriva de un “ser” determinado, sino que es producto de una atribución, debiendo entonces producirse una argumentación (valorativa) que justifique el porqué de esa asignación o imputación (Silva Sánchez, 2013, pág. 50).

⁴ Partimos aquí de la innegable relación entre la teoría de sistemas de Luhmann y el método funcionalista de Jakobs. Sin embargo, ello no quiere decir que todos los planteamientos del último sean solo producto de una aplicación jurídica de la tesis sociológica del primero. Como es sabido, la teoría de Jakobs, por otra parte, acoge, desde una perspectiva filosófica, planteamientos de Hegel. Sin embargo, este trabajo, al vincular solo el aspecto sociológico del funcionalismo, para intentar responder un problema de dogmática penal especial, solo se ocupará de la primera de las relaciones. Desde una perspectiva más general, que escapa la intención de este texto, se ha dicho: “La mecánica correlación que en general se establece entre la construcción de la teoría de la prevención general positiva por parte de Jakobs y la teoría de sistemas, resulta ya inexacta por el hecho de que la sociología del derecho de Luhmann es solo uno de los materiales del

cualquier iusnaturalismo que anteceda a los actos de creación del derecho. Con razón, se ha dicho:

Jakobs encuentra que la elaboración de las categorías dogmáticas no puede hacerse con base en una fundamentación ontológica del Derecho. El injusto y la culpabilidad no se infieren de estructuras lógico-objetivas, preexistentes, que vinculen la libertad de configuración del legislador. El contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el Derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Se trata de conceptos normativos elaborados con total independencia de la naturaleza de las cosas (Montealegre Lynett & Perdomo Torres, 2006, pág. 7).

Ahora bien, dicha normativización ha alcanzado, con mayor énfasis, algunos problemas dogmáticos del derecho penal actual. A título de ejemplo, por un lado, la normativización se ha producido con la protección de bienes jurídicos colectivos mediante la criminalización con tipos penales de peligro; por otro lado, mediante la exposición de criterios de responsabilidad delimitados en atención a competencias funcionales de carácter institucional y, por otra parte, en la valoración penal de los riesgos que existen para la realización de actividades relacionadas con el derecho disciplinario o administrativo sancionador.

En los puntos acabados de mencionar encuentra una buena fuente de emergencia el derecho penal económico. Es necesario decir que en este particular derecho penal suele ocurrir que, tanto los bienes jurídicos colectivos, como los delitos de peligro, y la relación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, permanentemente se encuentran presentes en sus dinámicas de imputación. Por esto, como lo dice el profesor Silva Sánchez: “Los delitos patrimoniales y económicos constituyen uno de los espacios más aptos para la aplicación del método normativista. En efecto, el conflicto entre esferas patrimoniales (‘libertades’ económicas) caracte-

edificio erigido por aquel autor. La influencia desde luego existe y nunca ha sido negada por Jakobs, pero como él mismo se ha encargado recientemente de señalar, es más limitada de lo que generalmente supone. Junto a esa influencia, se manifiesta abiertamente en la concepción de la prevención general positiva de Jakobs el influjo, en modo alguno menor, de una tradición filosófica que se remonta al menos hasta Hegel” (Peñaranda, Suárez, & Cancio, 1999, pág. 30).

rístico de estos delitos constituye un ámbito idóneo para tal reflexión” Cfr. (Silva Sánchez, 2003a, pág. 12).

Se ha querido, entonces, con el presente trabajo, demostrar la particular influencia del normativismo penal en una aplicación dogmática concreta del derecho penal especial colombiano.

Por ello, la exposición requerirá de una muy breve contextualización de ciertos elementos de la teoría de sistemas de Luhmann, los cuales servirán para entender la normativización del derecho penal económico de la que se ha venido hablando. De esta suerte, todo esto demandará un estudio de parte especial, explicando una descripción comportamental con una visión del delito como infracción del deber funcional. Así, por último, las conclusiones buscarán proponer límites dogmáticos que surgen al método que se viene planteando para el caso colombiano.

Por eso es que la pregunta esencial frente al normativismo, más que ubicarse en el entendimiento riguroso de las conclusiones o aplicaciones dogmáticas a las que llega, debe ser la de legitimarlo o no para particulares contextos sociales. Con razón, y con la lente propia del método crítico kantiano, expresa Feijoo:

Como ya he dicho en prólogos anteriores de libros publicados en este país, los lectores colombianos –y los sudamericanos en general– deben tener en cuenta que los trabajos recopilados en este libro han sido escritos para una realidad como la española inmersa en un determinado contexto europeo. Ello no significa que los criterios planteados aquí carezcan por esa razón completamente de utilidad, pero solo el lector es competente de analizar qué pueden aportar unas reflexiones provenientes del contexto europeo para resolver los problemas que con respecto al derecho penal tiene planteados la sociedad colombiana (Feijoo Sánchez, 2007, pág. 17).

En síntesis, pues, el resultado investigativo que aquí se presenta pretende ofrecer algunas aplicaciones dogmáticas del derecho penal económico colombiano a su fundamento funcionalista y, al final, como conclusión, para el caso colombiano, evaluar si se legitima o no la aplicación normativista que viene haciéndose.

2) Presupuestos conceptuales

La teoría de sistemas de Niklas Luhmann pretende describir la sociedad tal como es. Ahora bien, no significa esto que la sociología de Luhmann se entienda solo desde el plano puramente descriptivo. El mismo Luhmann expresa:

Una perspectiva todavía extendida pretende distinguir la teoría del derecho y la sociología a partir de la diferencia entre el deber y el ser. Esto es inviable, puesto que, en toda ciencia que tiene por objeto la acción humana, tanto el deber como el ser son necesariamente tematizados. (Luhmann, 2013, pág. 29).

La sociedad no estaría conformada por un conjunto de personas, sino, mejor de comunicaciones. De esta manera, en la teoría de sistemas, la sociedad, entendida como sistema social, no se define por una determinada esencia o moral, sino, únicamente, por la operación que la produce y reproduce, esto es, por la comunicación (Luhmann, 2007, pág. 48).

Por ende, el sistema jurídico, parte del sistema social, tampoco está compuesto de individuos; no porque Luhmann los haya excluido de él, sino, porque, a su juicio, la *des-humanización* del sistema emerge de la comprensión misma del sistema como solo comunicaciones. De esta forma, más que una proposición, constituye una descripción por parte de un observador. Con dicha observación concluye Luhmann que “lo social no puede comprenderse a partir del sujeto –por lo menos no cuando se toma al concepto en serio”. (Luhmann, 2007, pág. 816).

Así, el sistema tendría un entorno (límites), con los cuales se diferenciaría. El individuo, pues, sería parte del entorno del sistema social que llamamos sociedad. Claramente, como acercamiento inicial a una obra de Luhmann, se dice: “en el sistema jurídico, también hay que advertirlo, el hombre no está incluido. Digámoslo bruscamente: el hombre no pertenece al derecho sino a su entorno” (Martínez García, 2005, pág. 20).

De esa manera, el sistema social reduce la complejidad seleccionando solo ciertas operaciones y dejando otras por fuera. Serían solo las comunicaciones de la persona las que están dentro del sistema, pues son estas las que se

vinculan con el rol (impuesto también socialmente) y, en esa medida, confirman las expectativas que pesan sobre dicho rol. Es decir, las expectativas sociales no se dirigen a individuos concretos sino a roles, materializados estos en el concepto funcional de persona:

En este contexto cabe interpretar el concepto funcionalista de persona, que se contrapone al de individuo, de manera coherente con la distinción entre sistema y entorno, entre sociedad y ambiente: la persona participa en la comunicación social, expresa sentido; el individuo no. O, en otras palabras, la persona –definida por su capacidad de seguimiento de la norma– puede infringir su rol de ciudadano fiel al derecho, defraudar una expectativa y poner en entredicho la vigencia de la norma (Polaino Orts, 2010, pág. 97).

Cada sistema, entre esos el sistema social, selecciona lo que estima relevante para él en la medida que puede producir y reproducir operaciones dentro de sí. Aquello que no se considere autopoietico al sistema estará por fuera de sus límites. Será, en palabras de Luhmann, su entorno⁵. La diferencia entre sistema y entorno que es la que hace posible que el sistema emerja es, a su vez, la diferencia mediante la cual el sistema se encuentra ya constituido. (Torres Nafarrate, 1996, pág. 77).

Aparece en este punto otro concepto fundamental en la obra de Luhmann a partir del cual se constituye el sistema: la autopoiesis. Esto es, la capacidad de producción y reproducción de las operaciones del sistema.

Por autopoiesis se entiende que el sistema se produce a sí mismo y no solo a sus estructuras: hay computadoras que pueden crear sus propios programas, pero no crearse a sí mismas. Los sistemas son autónomos en el nivel de las operaciones. La categorización de la autopoiesis asume como punto de partida la cuestión radical de la autonomía, ya que define al sistema desde sus propios elementos. Autonomía significa que solo desde la operación del

⁵ Luhmann, siempre que nos plantea un concepto, lo hace a través de la diferencia. No hay unidad e identidad sin diferencia. De hecho, Luhmann define el sistema como la diferencia entre sistema y entorno, demostrando así la complejidad de su teoría, así como la obsesión por la diferencia y las relaciones, encaminada precisamente a reducir la complejidad del sistema” (Ortiz Ocaña, 2016, pág. 77)

sistema se puede determinar lo que le es relevante y, sobre todo, lo que le es indiferente (Torres Nafarrate, 1996, pág. 90).

Con lo dicho, solo lo que el individuo comunica hace parte del sistema social y, luego, del *significado* propio que comunique, depende que haga o no parte del sistema jurídico. La conciencia, como parte del individuo, tendrá su propio sistema, por lo que tampoco hace parte del sistema social. La persona, desde una perspectiva normativa, por el contrario, sí hará parte del sistema, pues sus actos precisamente comunican funcionalmente a este.

Los sistemas psíquicos observan el derecho (y no lo producen), de otro modo el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: “en la oscura interioridad de los pensamientos”. Por eso no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias, o a todo el ser humano, como partes o como componentes internos del sistema de derecho. La autopoiesis del derecho se puede realizar tan solo mediante operaciones sociales (Luhmann, 2005, pág. 104).

De allí que entre el denominado *sentido* y la *comunicación* exista una determinante relación. Ambos serán elementos esenciales en una teoría sistémica funcional.

El sentido se produce exclusivamente como sentido de las operaciones que lo utilizan; se produce por tanto solo en el momento en que las operaciones lo determinan, ni antes ni después. El sentido es entonces un *producto* de las operaciones que lo usan y no una cualidad del mundo debida a una creación, fundación u origen. No hay entonces una idealidad separada del vivir y comunicar fácticos. Platón estaba en lo cierto cuando dijo que las ideas se relacionan con la facultad de la memoria; pero la memoria no lleva hacia atrás al verdadero y casi olvidado sentido del ser, a sus formas esenciales, a las ideas. Más bien, la facultad de la memoria construye estructuras de uso solo momentáneo para conservar la selectividad y reducir las posibilidades de enlace. Creer en la existencia de identidades que perduran en el tiempo es una autoilusión de los sistemas que forman sentido, identidades que siempre han existido y que siempre existirán, y por tanto con la posibilidad de referirse a ellas como si estuvieran siempre disponibles. Todo orientarse es construcción, es distinción que se re-actualiza de momento a momento (Luhmann, 2007, pág. 27).

El sentido, en esta comprensión, se ve afectado por la comunicación:

En la producción de sentido a través de la comunicación, esta recursividad se logra sobre todo por las palabras del lenguaje, las cuales –aunque son las mismas– pueden utilizarse en muy diversas situación. Es decir, para Luhmann, “cuando se entiende la comunicación como una unidad compuesta por tres componentes producidos por la misma comunicación (información/darla-a-conocer/entenderla), se excluye la posibilidad de adjudicarle a uno de ellos un primado ontológico” (Luhmann, 2007, pág. 30).

Hemos dicho que cada sistema tendrá límites con el entorno y este –el entorno– será, a su vez, un sistema independiente. Desde esa perspectiva, el derecho (sistema jurídico) y la economía (sistema económico), hacen parte del sistema social. Todos tienen en común que su independencia no impide que entre ellos existan irrigaciones mutuas. A esto último Luhmann lo denominó acoplamientos estructurales. Según estos, es posible que cada sistema seleccione una operación de su entorno y le dé un particular sentido para su sistema.

Algunos ejemplos ayudarán a visualizar esta disposición de teoría: el acoplamiento que el cerebro lleva a cabo con el medio ambiente lo realiza a través de los sentidos de la vista y del oído, los que, a su vez, tienen posibilidades muy reducidas de contacto con el entorno (gama estrecha de colores para la vista; cota de decibeles, para el oído). Gracias a esta especificación, el sistema no está sobrecargado por el exterior, y puede procesar efectos que llevan al surgimiento de estructuras complejas en el cerebro. Por tanto, a un espectro reducido hacia afuera corresponde una enorme capacidad de creación de estructura hacia adentro: alto aforo de valoración, a partir de la selección de la propia irritabilidad de la que el sistema dispone. El mecanismo del cerebro acontece en un acuerdo total con la clausura de operación, lo que significa que el sistema mismo no pueda ponerse en contacto con el medio ambiente sino que recurra a procesos foto químicos y de ondas acústicas, para producir información mediante disposiciones propias que no pueden ser importadas desde el entorno (Torres Nafarrate, 1996, pág. 100).

Los acoplamientos se producen, precisamente, por los actos de comunicación (*sentido concreto*) de una particular operación para un sistema. El

sentido que se le asigne a un acto, por ello, será funcional al sistema, esto es: lo reproducirá.

Los sistemas que operan con sentido quedan atados al *medium* del sentido. Solo el sentido les confiere realidad en la forma de actualización secuencial de su propio operar. No pueden entender los sistemas que existen sin sentido, ni pueden simularlos. Están destinados al sentido como su forma específica de reducir complejidad (Luhmann, 2007, pág. 37)

Las denominadas expectativas, por ejemplo, generan comunicaciones en la medida en que facilitan el orden social. Alguien espera un determinado comportamiento de otro del mismo que este de aquel. El sistema penal, también, espera un determinado comportamiento de sus componentes. Así, será irrelevante el sentido que alguien, en su individualidad, le asigne a su comportamiento, pues lo determinante será la conformidad o no del acto con lo esperado por el sistema. Esto es precisamente lo que el acto comunica al sistema. Dicha comunicación producirá un nuevo acto: la pena, para el caso del sistema penal. Esta, de igual forma, también comunica, en la medida que tiene un particular sentido.

Es importante ahora vincular lo dicho con otro concepto: el rol. La existencia de roles no depende, pues, del individuo. Los roles, como todo en la teoría de sistemas, no son estructuras previas u ontológicas. En coherencia con lo planteado, los esquemas de comunicación generan sentido en la medida que existen roles. El rol, así concebido, se impone al *individuo*, se objetiva en su *persona*. Es el rol es que da sentido y comunica para la persona.

Los roles parten de la diferencia. En materia penal el concepto de rol es trascendental en la medida que sirve como criterio delimitador de competencias. Solo se responde hasta donde el rol lo permite. En ese orden de ideas, el desempeñar un determinado rol hace a un sujeto portador de derechos y deberes.

Es el rol, entonces, en el funcionalismo, el que hace que la relación entre sociedad y derecho penal alcance su máximo sentido. Como vemos, del ejercicio del rol surge la calidad de ciudadano. El rol, a su vez, surge por el hecho de la pertenencia social. Por ello es que puede entenderse, al margen de las críticas que puedan hacerse, la coherencia teórica de este planteamiento

frente al concepto de derecho penal del enemigo. El rol, así concebido, sería funcional al sistema. El ciudadano, portador en ejercicio de un rol, sería, de igual manera, funcional al sistema; el enemigo, por el contrario, no, por ende, estaría por fuera del sistema.

Podría decirse, como lo hace Piña Rochefort, lo siguiente:

La formación del rol social equivale a la asignación sistémica de una función. Cuando ello se verifica, cuando se forma el binomio que considera al elemento y la función que desempeña, el individuo, ahora como persona, encuentra una ubicación dentro del sistema. En palabras simples, el individuo jamás forma parte de la sociedad sino es como persona. Si fuera posible disociar ambos conceptos (y de ningún modo lo es), la única manera de formar parte del sistema social es una vez que se ha formado el rol social, antes se es pura contingencia natural, como el clima o un movimiento telúrico (Piña Rochefort, 2005, pág. 278).

Todos estos conceptos vincularían al sistema penal, ya que serían autopoieticos. Sin embargo, el enemigo, consecuentemente, no podría hacer parte del mismo sistema penal del ciudadano. Frente a este, coherentemente, existiría otro sistema que operaría con otras operaciones de sentido.

Como se ve, todas las construcciones normativistas son, por ello, fruto de actos de imputación o de sentido. Lo social, qua también será resultado de imputación, establece las condiciones de posibilidad de un derecho penal funcional.

Existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social' del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra. Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día. Pero por otro lado, el Derecho penal tampoco

puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución (Jakobs, 1996a, pág. 22).

A renglón seguido, con todo lo mencionado, podrá verse cómo el sistema penal y el económico se relacionan entre sí, al punto tal que, el primero, al dar sentido propio a ciertos actos del segundo, determina una particular forma de criminalización fundamentada en infracciones de deberes; no en la protección de bienes jurídicos. Se explicará, entonces, cómo opera la normativización en terrenos propios del derecho penal económico.

3) Sistema económico y sistema penal: el concepto de riesgo

En sociedades como la nuestra existe una relación directamente proporcional entre riqueza y riesgos⁶. En términos de la teoría de sistemas, podríamos estimar que existen riesgos valorados por el sistema económico y riesgos valorados por el sistema jurídico. Sería válido que alguno de estos sistemas, a través del acoplamiento estructural, pudiera seleccionar y dotar de sentido propio el riesgo presente para el otro sistema.

La pregunta sería, entonces: ¿cómo hacer mínimos, asumibles o permisibles ciertos riesgos, de modo que estos generen un efecto colateral superior en términos de desarrollo económico?

Es decir, en la medida que no todos los riesgos son prohibidos o desestimados, bien por el sistema económico, bien por el sistema jurídico, se acepta que, en algunos casos, cada sistema le asigne a cada riesgo un particular *sentido*, a partir de su significancia interna. No toda acción arriesgada comunicaría un sentido de prohibición al sistema en que se incorpora. Estos últimos, para el sistema penal, serían los casos de riesgos permitidos.

⁶ Véase al respecto, (Beck, 1998).

Desde una perspectiva propia del sistema económico, en las sociedades del riesgo, de cara a los efectos secundarios latentes al riesgo, este se dota de sentido en atención a los progresos que, económicamente, produzca. Lo dicho, por supuesto, solo si no existe prohibición del comportamiento realizado.

Desde una perspectiva propia del sistema penal, todo estará determinado por la imputación objetiva. Será esta la que permita dotar de sentido determinado comportamiento. Por ello, la imputación se concreta como un juicio de la conducta típica. Al respecto Cancio Meliá:

Desde el punto de vista aquí adoptado, ésta es la visión correcta de la teoría de la imputación objetiva: se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como conducta con significado (objetivo) típico. Vista así, la teoría de la imputación objetiva es la traducción dogmática en la teoría del tipo de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas (Díaz Aranda & Cancio Meliá, 2004, pág. 21)

Así las cosas, desde una perspectiva funcionalista sistémica, la concreción que se hace en la teoría de la imputación objetiva de la figura del riesgo permitido/prohibido constituye una operación del sistema jurídico penal que reduce su complejidad. Es decir, de los tantos riesgos que pueden existir en el aparato social, solo unos comunicarán sentido propio al sistema penal. Sin duda, un sistema económico como el actual exige de múltiples actividades que representan riesgos latentes para situaciones valoradas positivamente por el legislador. La imputación objetiva tendrá una primera labor para determinar cuáles de ellos son relevantes al sistema penal:

En un sistema económico basado en el libre mercado resulta consustancial a su funcionamiento la realización de actividades peligrosas, pero, luego de una adecuada ponderación, podrá determinarse que, dentro de ciertos límites, varias de esas actividades resultarán beneficiosas para la sociedad y en definitiva deberán estimarse legítimas (González Guerra, 2003, pág. 166).

Así, con un ejemplo concreto que relaciona un particular contexto social, estima Jakobs:

Una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que este no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo a quien adquiere la máquina como víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad; incluso puede que esta sociedad considere deseables el espíritu emprendedor del adquirente de la máquina y la curiosidad del propietario, exonerándoles, respectivamente, de los deberes de protección o autoprotección; de ser así, la lesión se convierte en desgracia (Jakobs, 1996b, pág. 93)

Resumiendo, sería posible que, en materia penal, el sistema jurídico, producto del acoplamiento estructural con el sistema económico, valore negativamente, con un significado contrario a la norma, determinado riesgo también dotado de un sentido negativo en el sistema económico. Sin embargo, también podrá ocurrir que el sistema penal, aun existiendo una comunicación negativa del riesgo desde la perspectiva económica, lo califique como un riesgo permitido desde la perspectiva penal.

Esta relación entre sistemas puede encontrarse, precisamente, en lo que ocurrió en Colombia con la modificación legislativa que tipificó como punible la evasión de impuestos⁷. Antes de esa regulación se podía estimar que uno era el *sentido* del riesgo del sistema económico, valorado con la evasión a través de sanciones administrativas y otro, el penal, a partir de la inexistencia de prohibición concreta (riesgo no prohibido).

⁷ ARTÍCULO 434A. OMISIÓN DE ACTIVOS O INCLUSIÓN DE PASIVOS INEXISTENTES. <Artículo adicionado por el artículo 338 de la Ley 1819 de 2016. El contribuyente que de manera dolosa omite activos o presente información inexacta en relación con estos o declare pasivos inexistentes en un valor igual o superior a 7.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y con lo anterior, afecte su impuesto sobre la renta y complementarios o el saldo a favor de cualquiera de dichos impuestos, será sancionado con pena privativa de libertad de 48 a 108 meses y multa del 20% del valor del activo omitido, del valor del activo declarado inexactamente o del valor del pasivo inexistente.

PARÁGRAFO 1o. Se extinguirá la acción penal cuando el contribuyente presente o corrija la declaración o declaraciones correspondientes y realice los respectivos pagos, cuando a ello hubiere lugar.

Ahora bien, incluso para el caso colombiano, luego de la tipificación de la evasión de impuestos, debe decirse que no todo comportamiento que genere un riesgo será imputable objetivamente, pues es perfectamente posible que penalmente se le asigne un significado distinto (permitido), aun cuando administrativamente continúe la prohibición. Esto, por ejemplo, cuando las cantidades no se encuentran por encima de lo típicamente prohibido.

Los penalistas suelen situar la expresión “riesgo” como elemento del injusto penal. Su estudio, con mucho más énfasis, se hace para la imputación de los delitos culposos. El riesgo permitido sería, pues, el límite entre la conducta violatoria al deber de cuidado y aquella que, aun cuando sea potencialmente lesiva, se considera irrelevante para el sistema penal⁸. Esto, ya que aun cuando también se habla de riesgo permitido/prohibido en los delitos dolosos, en ellos suele ocurrir que el acto exteriorizado conduce a un riesgo en sí mismo prohibido, por ello, su determinación no tendría tantos problemas dogmáticos.

Recuérdese, como se dijo desde un comienzo, que partimos de un método normativista en la determinación del delito. Por manera que si partiéramos de un fundamento teórico-filosófico distinto, la solución dogmática igualmente variaría, pues “Quien parte de un punto de vista ontológico y se fija en la realidad pre estructurada al derecho y, por otro lado, quien prefiere un punto de vista normativo y funda el derecho en valoraciones contingentes”. (Patiño Cabrera, 1998, pág. 30).

En este sentido, para los primeros, esto es, para aquellos que parten de criterios de tipo ontológico a la hora de definir lo prescrito y lo proscrito por el ordenamiento jurídico, bastará, por ejemplo, con encontrar la voluntad concreta del autor, es decir, descomponer su conducta, entendiendo esta como un comportamiento humano cuya existencia no depende de valoraciones jurídicas. Así las cosas, al realizar una comparación en cuanto a determinados procesos sociales de regulación de conductas y la finalidad con la cual obró el agente al realizar su comportamiento, es posible concluir si la conducta genera o no un riesgo prohibido. En otras palabras, la pro-

⁸ Para un estudio riguroso de la figura del riesgo permitido, Cfr. (Paredes Castañón, 1995) y (Cadavid, 2013)

hibición o permisión del riesgo en materia penal dependerá del estudio de aquello que constituye la esencia del comportamiento delictivo: la concreta finalidad con la que obró el autor.

Según Welzel, solamente las acciones que sobrepasan la adecuación social son acciones típicamente adecuadas de homicidio, lesiones, daño, perjuicio, coacción, etc. La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto penal. (Welzel, 1956, pág. 66)

En este sentido, teniendo como referente las críticas que, a nuestro juicio, con razón, estiman que el planteamiento de Welzel arrojaba cierto normativismo, producto de la vinculación *social* de su teoría de adecuación, parece cierto, como debe ser, estimar como punto de partida posiciones puramente normativas para estimar un riesgo como permitido o prohibido.

Desde este punto de vista, es decir, desde planteamientos normativistas en la definición de lo lícito o lo ilícito, la exposición del riesgo en materia penal nos vincula al entendimiento dogmático de las denominadas “conductas neutrales”. Por ello, una conducta neutral al derecho penal no generará un riesgo jurídicamente desaprobado. De la misma forma, para el caso del derecho penal económico o empresarial, la realización de ciertas conductas estereotipadas, aun cuando faciliten la posterior lesión de bienes jurídicos, serían irrelevantes para el sistema⁹.

Con la expresión “conductas neutrales” hacemos referencia a lo siguiente:

Se trata de supuestos con una estructura constante, a saber, se ejecuta una conducta que acaba favoreciendo causalmente al autor del delito con pleno conocimiento de que ello es así por parte del primer sujeto. A esta estructura cabe añadir una peculiaridad: se trata de conductas estándar, estereotipadas, o ejecutadas conforme a un rol social. Ello significa, a su vez, dos cosas: en primer lugar, que en sí mismas consideradas, son conductas lícitas

⁹ Para una exposición detallada y rigurosa del ámbito de aplicación de las conductas neutrales en el derecho económico, Cfr. (Silva Sánchez, 2003a).

o inocuas. La venta de un bien de lícito comercio, la prestación de información jurídica, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una relación profesional o el pago de una deuda, son estados no jurídicamente desaprobados, e incluso, como en el último caso, jurídicamente obligados. Ninguna de estas conductas, externamente consideradas, lesiona el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, son conductas que se insertan en contextos altamente regulados o estandarizados. Como consecuencia de ello se llevan a cabo con independencia de las particularidades y preferencias tanto de la persona que las ejecuta como de la persona frente a la que se ejecutan (Robles Planas, 2003, pág. 18).

Ahora, volviendo a las premisas conceptuales planteadas al comienzo de este escrito, tendríamos que decir que todo lo anterior (riesgo, conducta neutral e imputación objetiva) varía conforme si se está o no en presencia de un rol especial. El entendimiento del rol, en los términos del funcionalismo, podría convertir conductas, en principio son neutrales, en conductas prohibidas y, por ende, sujetas a imputación y reproche penal.

De esta suerte, las preguntas de si un contador, a sabiendas, debe responder penalmente por los actos de evasión que operativamente con su función facilita a su patrono; o la de si un abogado debe responder penalmente porque, a sabiendas, recibe una considerable cifra de dinero de un cliente como pago de honorarios conociendo su procedencia ilícita; o la de si un operador bancario, a sabiendas, responde penalmente por la ayuda que brindó con el cumplimiento de su función a un acto de incremento patrimonial injustificado de otra persona, además de inscribirse, teóricamente, en la exposición dogmática que desde hace algún tiempo viene haciéndose de las “conductas neutrales”, nos vinculan, en últimas, en la fundamentación de los deberes o roles sociales y jurídicos de cada una de estas *personas*.

En este punto, cabe preguntarse: ¿qué relación tienen estas constelaciones de casos, en principio planteados como problemas de autoría y participación, con supuestos de riesgo permitido, normativismo y deberes especiales?

La respuesta viene dada por las valoraciones que, como vamos a ver, desde un punto de vista normativo, se hacen a estos casos para estimar cuándo la conducta no genera un riesgo prohibido. Estas valoraciones concretarán, en últimas, el elemento *deber*. Este concepto se entenderá dentro del rol de

la persona en cierto contexto social y, por ende, vinculará no solo sus expectativas, sino, también, aquellas que los demás miembros del entramado social tienen sobre él¹⁰.

Por eso es que, para Jakobs, la resolución de los problemas planteados bajo la órbita de conductas neutrales se resuelve dependiendo de la existencia o no de deberes especiales. Al respecto, “El desarrollo de la dogmática penal deja al descubierto que el criterio de la posición de garante y de deber jurídico constituyen la piedra angular en la obra de Jakobs” (Montealegre Lynett & Perdomo Torres, 2006, pág. 51). Para otros, como el profesor Robles Planas, igualmente normativistas, en estos casos será también el deber el elemento diferenciador y generador de responsabilidad, así:

A mi modo de ver se crea un riesgo de intervención en el delito en dos grandes grupos de casos. En primer lugar, cuando se infringen deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone precisamente para evitar que una determinada clase de aportes sean tomados por otro para cometer un delito. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la prohibición de venta de armas, o a los deberes impuestos a los notarios para evitar el blanqueo de capitales. En la medida en que existen tales regulaciones, puede decirse que el ordenamiento jurídico primario ha fijado unas determinadas posiciones de garantía o posiciones jurídicas específicas para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos. Quien se coloca en esa posición jurídica está también especialmente obligado a velar por la conducta de los demás. Estos deberes suelen concretarse en deberes de cuidado específicos... Por otro lado, en los ámbitos en los que no existen deberes especiales, el castigo de la complicidad debe ser muy restrictivo. En atención al fundamento del injusto del interviniente, tan solo cuando se realiza una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido podrá hablarse de complicidad. Se trata de

¹⁰ A esto Luhmann lo denomina “devenir reflexivo de la expectativa”: “Quien tiene expectativas debe aprender a esperar no solo el comportamiento ajeno sino también las expectativas ajenas, ante todo las que se dirigen a él. A diferencia de lo que ocurre con la naturaleza, la adaptación entre hombres viene dada no solo mediante expectativas de comportamiento aprendidas, sino también mediante expectativas de expectativas, con lo que, en este nivel de abstracción, la adaptación resulta orientada psíquica y socialmente” (Luhmann, 2013, pág. 34)

averiguar si el partícipe ha recortado su conducta teniendo en cuenta la posterior continuación delictiva por parte del autor. Para saber cuándo se da una conducta de adaptación habrá que tener en cuenta el contexto (Robles Planas, 2003, pág. 59).

Con lo expuesto, veamos ahora, entonces, la función del deber como elemento propio del rol y su determinación en la normativización del orden económico y social.

5) El deber y la estructura de la norma penal

Existe una estrecha vinculación entre el concepto de injusto y la norma penal. Es la norma, o mejor, el contenido que a ella se le atribuya y su función en el Derecho Penal, la que permite calificar, normativamente, una conducta en injusto.

De la relación manifestada surgen las funciones de determinación y valoración que se atribuyen a la norma. Debe recordarse que, una vez superados los esquemas causales y valorativos en la teoría del delito, primó la idea de injusto personal, por el cual la función de este y, por ende, de la norma penal, iba dirigida a regular comportamientos. De ahí que se considerara que lo importante era la contradicción del comportamiento realizado con lo que imponía la norma, pues, como se dijo, esta se encargaba de asignar deberes de comportamiento.

Creándose superado por completo el esquema monista valorativo en materia de la norma penal, con la incorporación y auge por el sistema finalista del injusto personal, se comenzó luego a pensar si era cierto que, el injusto, podría solo fundamentarse de cara con la norma subjetiva de determinación; o si, por el contrario, también era necesario en este un elemento propio valorativo que no mirara con el comportamiento realizado sino con el resultado causado, función que, de cara a la perturbación de los bienes jurídicos, se le atribuyó a la norma penal entendida como norma objetiva de valoración.

Se acepta que los finalistas impusieron un sistema de injusto personal de difícil superación, como lo expresa Feijóo, pero no por eso, a nuestro juicio, válido

La afirmación central de la ‘teoría del injusto personal’ es difícilmente rebatible: si las normas penales son pautas de comportamiento, estas solo pueden referirse a comportamientos y ocuparse de los mismos. Ni toda lesión o puesta en peligro de la vida, salud o bienes de las personas es un injusto (sucesos naturales-inundaciones, enfermedades, rayos, etc.-, supuestos de ausencia de acción) ni todo injusto implica siempre una lesión o puesta en peligro de objetos (tentativa inidónea, delitos denominados de peligro abstracto, etc. Incluso, en algunos supuestos, el mayor contenido de injusto de un hecho no depende del resultado, sino de cómo se produce el resultado (Feijoo Sánchez, 1997, pág. 19).

Así, Huerta Tocildo, en búsqueda de una justificación para un concepto dual de norma y, consecuentemente, de un injusto fundado en un desvalor de acto y un desvalor de resultado, considera que, en efecto:

Es factible partir, como parten los partidarios de la teoría subjetiva, de la idea de que la norma no prohíbe resultados sino conductas (acciones finales) y, ello no obstante, insistir en el carácter co-constitutivo del desvalor de resultado. Pues, como dice Stratenwerth, tal idea –que él mismo desde luego comparte– lo que significa es que no basta con la producción de un resultado disvalioso para constituir el injusto –como todavía pretenden, al menos en relación con el delito doloso, los valorativistas– ya que, como correctamente expone Zielinski, si la norma penal tiene por objeto «evitar lesiones de bienes jurídicos producidas a través de conductas humanas», la reacción penal no puede justificarse tan solo en base a la efectiva lesión del bien jurídico protegido (Huerta Tocildo, 1984, pág. 65).

A lo largo de las manifestaciones anteriores se ha hablado de la función imperativa y de la función valorativa de la norma, y del desvalor de acto y del desvalor de resultado como elementos estructurantes del injusto. El entendimiento inicial de los conceptos parte por aceptar que, el desvalor de acción, surge de la violación al contenido de la norma en relación con su función de determinación, y el desvalor de resultado, de acuerdo al contenido de aquella, surge en relación con su función de valoración.

Al tenor de lo expuesto, debe decirse que el deber de actuación se concreta en la función de la norma entendida como norma subjetiva de determinación.

La pregunta, entonces, de si basta con la afectación a dicho deber para imputarse objetivamente un comportamiento, requerirá tomar postura con relación a la función de la norma en un determinado modelo de Estado. Es decir, se comparte la idea según la cual el injusto penal es producto de la configuración de un desvalor de acto y de uno de resultado, lo que respectivamente significa la vulneración a la función subjetiva de determinación y objetiva de valoración de la norma jurídica.

De lo dicho puede inferirse “La relación en que se encuentran los conceptos de “norma” y “acción”, conectados entre sí a través del concepto de deber” (Kindhäuser, 2012, pág. 90).

El deber, pues, será un elemento esencial en la teoría de la norma penal.

Distinta en su estructura, pero a mi entender no tan lejana de la anterior, es una tendencia en la que desde luego no se cuestiona *literalmente* la concepción de las normas como enunciados de deber, aunque sí se procede a un progresivo vaciamiento de las mismas de contenidos valorativos en sentido estricto. Pues, en ella, la idea de deber aparece como una mera metáfora expresiva de las necesidades de funcionamiento del sistema. De este planteamiento, sin embargo, interesa sobre todo su tesis fundamental que niega que las normas jurídico-penales tengan una función de influir sobre el comportamiento de los ciudadanos. Ello no quiere decir tampoco que se prescindiera absolutamente de la dimensión de la norma como norma de determinación. Sucede que ello se contempla, ante todo, según se indica, como una función latente, como un efecto (psicológico) secundario, bien recibido pero ajeno, en principio a la lógica del Derecho penal (Silva Sánchez, 2003b, pág. 21).

Esta corriente doctrinal, cuyo máximo representante en el Derecho penal es Jakobs, entiende que la norma es la expresión de una expectativa de conducta institucionalizada.

El concepto de deber expresa la vinculación del destinatario de la norma en atención a su propia capacidad de acción. Esto quiere decir, a la inversa: si A mata a B habiendo sido capaz de realizar la intención de evitar darle muerte a través de su comportamiento, entonces a él le resulta imputable su comportamiento a título de “infracción de deber” (Kindhäuser, 2012, pág. 92).

Ahora bien, un funcionalismo puro abogará por un concepto de delito que se motiva en la afectación de deberes. Estos van más allá de la sola constatación de la afectación de la función subjetiva de determinación. Se tratará, por tanto, de verdaderas situaciones de infracciones de deber. En este campo, por ejemplo, los delitos económicos tendrán gran aplicación. Podría decirse que el desarrollo económico de las sociedades modernas ha facilitado la construcción de roles y deberes especiales de comportamiento para aquellos que intervienen en dichos contextos.

Es decir, uno será el deber que subyace a toda norma de conducta y otro el propio de los delitos de infracción de deber. El último será específico por la existencia de garantías normativas que constituyen un plus en la expectativa esperada. Lo anterior es expresado por Feijoo Sánchez, así:

Todos los delitos son objetivamente (en derecho penal, además todo delito supone la infracción de un deber que se deriva de la norma de conducta –de prohibición, mandato o de cuidado–, pero esa no es la cuestión que se trata aquí) delitos de infracción de deber: bien de no lesionar, o bien de otro tipo de deberes distintos al mero no lesionar. Los que se suelen denominar delitos de infracción de deber son delitos que tienen que ver con relaciones jurídicas que exceden el mero deber de no inmiscuirse (ilegítimamente) en asuntos o ámbitos ajenos (Feijoo Sánchez, 2009, pág. 229).

Con un ejemplo, referido a una dogmática penal de parte especial, podríamos entender la normativización del derecho penal económico aplicada al caso colombiano:

Supongamos que alguien aumenta considerablemente su patrimonio, de una vigencia fiscal a otra, por una donación recibida. Por algún tema personal, no es su interés declarar el origen del incremento, asumiendo los costos fiscales presuntivos que ello acarrearía. Sin embargo, de forma adicional, probablemente sería requerido por el sistema penal a fin de justificar su incremento patrimonial. Si la persona continúa reacia a la justificación patrimonial (licitud del origen), podría ser sancionado bajo la denominación típica de “enriquecimiento ilícito de particulares”. Esta interpretación sería propia de un esquema funcionalista sistémico donde el delito, en temas de Derecho penal económico, se construye con criterios de infracción de deberes más que de lesiones a bienes jurídicos. Veamos.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares establece: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión (...)”. Si bien es totalmente claro que de la redacción típica se exige que el incremento patrimonial no justificado debe ser derivado de actividades delictivas, pareciese que el simple incumplimiento de un deber especial (justificar la licitud de los incrementos) generaría responsabilidad penal. Se normativizaría al punto tal de suponer el delito base aun cuando realmente no lo exista. Es decir, supongamos que en el caso planteado no existe ninguna ilicitud penal en la donación recibida; sin embargo, el delito económico puesto en consideración exigiría de la sola infracción a un deber, en principio administrativo, pero luego acoplado estructuralmente por el sistema penal como riesgo prohibido.

Con todo, una fundamentación de los delitos económicos como delitos de infracción de deber justificaría mayores adecuaciones comportamentales que una justificación de estos como delitos de lesión a bienes jurídicos.

Para la infracción de deber, el delito no puede concebirse como la producción causal de un daño material a un bien jurídico, sino que, “como acción con sentido, es decir, como acción interpretable y comprensible socialmente, el injusto penal es esencialmente un elemento de la sociedad como sistema de comunicación. Es decir, el delito es el quebrantamiento de la vigencia de las normas (Alcácer Guirao, 2003, pág. 68).

Con todo, la carga argumentativa de los delitos de infracción del deber sería la misma que, pensamos, debe hacerse a la normativización del sistema penal. Su problema no estaría en la falta de coherencia, pues evidentemente son construcciones totalmente sistémicas y puras; su problema, mejor, estaría en los límites que se permite un determinado modelo de Estado en cuanto a la aplicación de un derecho penal normativista. Creemos que, para el caso colombiano, no todo puede ser objeto de normativización. Particularmente, tratándose de delitos contra el orden económico, consideramos que los deberes de comportamiento deben estar institucionalizados para poder establecer juicios de responsabilidad. Así, por ejemplo, consideramos que una normativización como la que se manifestó en el entendimiento del enriquecimiento ilícito vulneraría los límites de aplicación

impuestos incluso por la misma redacción típica. Es decir, aun cuando la normativización en esta materia conduzca a la interpretación de los delitos como delitos de infracción de deber, en todo caso se exige de la adecuación interpretativa a los límites propios de cada modelo dogmático.

Ahora bien, una tesis normativista de corte radical estimaría que el rol sí esta institucionalizado a partir de los deberes, constitucionalmente consagrados, de todo ciudadano. Aunque esta visión, por ejemplo, autorizaría la normativización mencionada del enriquecimiento ilícito, quizás no sería adecuada, pues suponer la institucionalización de todos los roles a partir del concepto de ciudadano reportaría serios problemas empíricos. Aunque constituye apenas una hipótesis de investigación, los problemas empíricos vendrían dados en tanto que “la ciudadanía moderna no tuvo asiento en América Latina del mismo modo a como tuvo lugar en Europa” (Arrieta, 2016, p. 64). Así, aunque la ciudadanía opere como una categoría residual y conglobante de múltiples roles; aunque entendamos que se trata de un concepto normativo y, por ende, dirigido a estabilizar contrafacticamente las expectativas de esta naturaleza, sería dudoso que, en países como Colombia, la ciudadanía pueda asumir, empíricamente hablando, como lo proponía Parsons (2012), esto es, como un foco de solidaridad o lealtad mutua entre los miembros de una comunidad y como base consensual subyacente a su integración política (p. 236). Así las cosas, en un país en el que el Estado no está (Solano, 2016, p. 49), difícilmente podría comprobarse la existencia de un correlato fáctico que permita definir las raíces adscriptivas o los criterios de membresía que definen quién y cómo se pertenece a nuestra sociedad. De esta manera, habrá que advertir los riesgos inherentes a los excesos de estratificación de la vida humana o, lo que es lo mismo, los riesgos de un normativismo radical y estatalista, para el cual todos los ciudadanos son funcionarios. Habrá que decir, en todo caso, que esta empresa investigativa debe ser aplazada para otro momento.

6) Conclusiones

En primer lugar, debemos resaltar la normativización del derecho penal en los esquemas regulatorios de la actividad económica y empresarial. Esto pues son casos que tensionan, especialmente, a la teoría del delito. “Particularmente, al abordar aspectos de la actividad empresarial, el Derecho

penal se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal. Surgen delitos que se constituyen como *mala quia prohibita*. Así se genera una accesoriedad, más fuerte o más débil, frente al derecho público o privado, que se manifiesta en la conformación de tipos abiertos (Silva Sánchez, 2014, pág. 9)”. Por ello, la mejor manera de entender criterios como el riesgo permitido, las conductas neutrales, el deber y el rol, será a partir de la normativización de estos conceptos.

En segundo lugar, el concepto de deber en los delitos contra el orden económico se entiende desde dos perspectivas: en una primera, a partir de la violación de la norma de conducta que subyace al desvalor de acto y, en una segunda, a partir de la defraudación de la expectativa institucionalizada existente por el rol del agente interviniente en el proceso económico.

Desde esta segunda perspectiva, los delitos de infracción de deber permitirán sancionar comportamientos que defrauden expectativas normativas institucionalizadas. Por ejemplo, la falta al deber de veracidad o la falta al deber de declarar o pagar impuestos fácilmente podrán ser objeto de normativización. Sin embargo, creemos que, en un Estado como el colombiano, la normativización en los delitos económicos debe exigir de una *tipificación en la construcción del rol*. Esto, en uno de los sentidos asignados por el profesor Piña Rochefort, implicará:

Se refiere a la asignación de la función a aquellos elementos que cumplen con los requisitos que el sistema exige. El proceso por el cual se incorpora la función al elemento puede llamarse «institucionalización funcional», y no es sino el reconocimiento del sistema de la asignación de la función a un determinado tipo de elemento. Es el reconocimiento de que el rol se ha formado (se reconoce que los médicos, policías, jueces están facultados para) llevar a cabo determinadas conductas y «deben» (están compelidos a) llevar cabo otras (Piña Rochefort, 2005, pág. 141).

Lo anterior supondría que, si en efecto, no es posible verificar la institucionalización del rol, mal podría interpretarse normativamente una disposición en perjuicio del “ciudadano” objeto de castigo. Por ejemplo, sería esa la interpretación normativa como delito de infracción de deber del enriquecimiento ilícito de particulares. En este caso, el sistema penal aún no habría institucionalizado el rol del ciudadano, de suerte tal que no existiría,

eventualmente, un deber de declarar la licitud de todo incremento patrimonial –aunque sí exista en el sistema administrativo sancionador–. Con todo, como decíamos, esta clave de lectura no puede ser desarrollada en el presente escrito. Aunque resulte sugerente, ella requiere, de nuestra parte, un espacio más extendido para desarrollar, con la debida precaución, las bases teóricas y empíricas que requeriría una empresa tan amplia. Por ello, en lo que atañe a cómo la institucionalización del rol incide en la aplicación normativista de las categorías penal, un momento ulterior ocupará nuestros esfuerzos¹¹.

Como corolario de lo expuesto, el riesgo de las teorías normativistas, expresado por Silva Sánchez y compartido por nosotros, es el siguiente:

Las teorías normativas muestran, en efecto, una especial capacidad de rendimiento a la hora de construir equivalentes funcionales de las estructuras clásicas, ampliando el alcance de las categorías e instituciones. Sin embargo, debe tenerse presente el riesgo de incurrir en un hipernormativismo que redunde en mero formalismo a la hora de atribuir responsabilidades. Así pues, la cuestión no es la expansión o no de una determinada institución, sino la razonabilidad o no de dicha expansión. O, lo que es lo mismo, que la normativización no comporte una desnaturalización que haga de la institución en cuestión algo irreconciliable (Silva Sánchez, 2014, pág. 12)

Por ello es que, aun cuando aceptamos válido el método, condicionamos su aplicación a la existencia de limitantes propias de cada Estado. Podría decirse, volviendo a Luhmann, que el acoplamiento entre el sistema jurídico penal y el político se da a través del concepto de política criminal. Así, si el Estado colombiano reconoce la vinculación de una política criminal garantista, toda normativización debe tener cómo límite interpretativo la misma.

Con todo, lo que está en mora de ser analizado es cómo están dadas –si es que lo están– las condiciones de posibilidad y de legitimidad del normativismo penal en Colombia.

¹¹ Se trata, pues, de uno de los asuntos que está presto a ser desarrollado en la tesis doctoral que el autor actualmente lleva a cabo.

7) Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2003). *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Arrieta, E. (2016). Ciudadanías en transición: las víctimas del entretanto. En E. Arrieta, *Conflicto armado, justicia y memoria: 2. Derecho y transiciones hacia la paz* (págs. 57-114). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Beck, Ulrich. (1998). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós
- Cadavid, A. (2013). *Tesis doctoral: Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*. Universidad de Salamanca.
- Díaz Aranda, E., & Cancio Meliá, M. (2004). *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Feijoo Sánchez, B. (1997). *El injusto penal y su prevención ante el código penal de 1995*. Madrid: Colex.
- Feijoo Sánchez, B. (2007). *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Feijoo Sánchez, B. (2009). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: BdeF.
- González Guerra, C. (2003). La protección penal del derecho a la verdad. En J. M. Silva Sánchez, *¿Libertad económica o fraudes punibles?* (págs. 163-206). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Huerta Tocildo, S. (1984). *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. España: Tecnos.
- Jakobs, G. (1996b). *La imputación objetiva en derecho penal*. España: Civitas.
- Jakobs, G. (1996a). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. (M. Cancio Meliá, & B. Feijoo Sánchez, Trads.) Madrid: Civitas.
- Kindhäuser, U. (2012). *Tendencias del derecho penal contemporáneo*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. (J. Torres, Trad.) México: Herder.
- Luhmann, N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. (J. Torres, Trad.) México: Herder.
- Luhmann, N. (2013). Las normas desde una perspectiva sociológica. En N. Luhmann, & D. Horster (Ed.), *La moral de la sociedad* (págs. 29-56). Madrid: Trotta.
- Martínez García, J. (2005). Para leer a Luhmann: avisos para juristas. En N. Luhmann, *El derecho de la sociedad* (págs. 13-55). México: Herder.
- Montealegre Lynett, E., & Perdomo Torres, J. (2006). *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ortiz Ocaña, A. (2016). *Niklas Luhmann. Nueva teoría general de sistemas*. Colombia: Klasse.
- Paredes Castañón, J. M. (1995). *El riesgo permitido en derecho penal*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Centro de publicaciones.
- Parsons, T. (2012). Ciudadanía plena para el Norteamericano Negro. *Entramados y perspectivas. Revista de la carrera de Sociología*, 2 (2), 235 - 278.
- Patiño Cabrera, E. (1998). *El riesgo permitido en el blanqueo de capitales y en los tipos afines*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Peñaranda, E., Suárez, C., & Cancio, M. (1999). *Un nuevo sistema de derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Piña Rochefort, J. I. (2005). *Rol social y sistema de imputación*. Barcelona: J.M. Bosh Editor.
- Polaino Navarrete, M. (2004). *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Polaino Orts, M. (2010). Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto. En G. Jakobs, M. Polaino Navarrete, & M. Polaino Orts, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social* (págs. 59-109). Perú: Ara Editores.
- Robles Planas, R. (2003). Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. En J. M. Silva Sánchez, *¿Libertad económica o fraudes punibles?* (págs. 17-65). Madrid: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. M. (2003b). *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Silva Sánchez, J. M. (2003a). Presentación. En J. M. Silva Sánchez, *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). *Medio siglo de dogmática penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Silva Sánchez, J. M. (2014). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: BdeF.
- Solano, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Torres Nafarrate, J. (1996). *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. México: Universidad Iberoamericana.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Depalma.

Concepto de derecho penal económico. A propósito del título X del Código penal colombiano

Ricardo Echavarría Ramírez¹

1) Introducción

El Código penal colombiano sistematiza las diferentes conductas punibles conforme un criterio que, todo parece indicar, se corresponde con el bien jurídico protegido (Gaceta del Congreso número 280 de viernes 20 de noviembre de 1998). Indica Velásquez Velásquez que

En quinto lugar, se pretendió un replanteamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela, con la propuesta de una nueva distribución y fisonomía a los títulos de la Parte especial, que se quiso encabezar con los atentados contra la vida y la integridad personal, como es

¹ Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona-España). Profesor de Derecho penal de la Universidad Eafit, (Medellín - Colombia). Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación titulado “La protección a la hacienda pública en el derecho penal colombiano”, código 621 - 000100, financiado por la Universidad Eafit. Comentarios: rechava2@eafit.edu.co Dedico este trabajo a la memoria del profesor Carlos Alberto Jaramillo Restrepo.

tradicional en los códigos penales liberales y no, como en los estatutos autoritarios, con las figuras contra el régimen constitucional y la organización estatal, (Velásquez Velásquez, 2009, 516).

En consecuencia, los títulos de la parte especial se ordenan sistemáticamente conforme el bien jurídico protegido, el cual generalmente se asocia con su *nomen iuris*. Así, el bien jurídico protegido por el título X sería el orden económico social (Hernández Quintero, 2000). Ahora, si se observa el debate criminológico y dogmático relacionado con la conceptualización y sistematización del llamado derecho penal económico, económico social o socioeconómico, no parece ni claro, ni útil, identificar el bien jurídico protegido del título X del Código penal con el orden económico y social. Para sustentar esta afirmación se pretende hacer un repaso por los diferentes criterios utilizados para conceptualizar el derecho penal económico y la delincuencia de cuello blanco, para así evaluar desde una perspectiva jurídica el significado dogmático del término “orden económico social” del título X del Código penal colombiano.

2) Concepto de derecho penal económico y de criminalidad de cuello blanco

a) La formación del concepto de *White Collar Crime*

El concepto de *White Collar Crimes* y la investigación criminológica en este campo comienza con el discurso pronunciado por Sutherland en la *American Economic Society* en 1939, posteriormente publicado en la *American Sociological Review* (Sutherland, 1940). Para Sutherland los *White Collar Crimes* le permiten rebatir las teorías criminológicas existentes hasta el momento y proponer una nueva teoría para explicar las causas del delito (Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 2001, 99). Dado que las teorías relacionaban al delito con las pobreza o con las características biológicas del autor, Sutherland “sostuvo que dado que existe una importante categoría de delitos que son cometidos por personas ricas, ‘respetadas’, y de estatus social, la pobreza no puede ser vista como la única, o principal, causa del delito” (Green,

2005, 8). Con ocasión del trabajo de Sutherland los *White Collar Crimes* se convertirán en objeto de estudio por la criminología, al cuestionar las explicaciones sobre las causas de la criminalidad y la forma de prevenirla (Croall, 2001, 3), por la enorme lesividad social que comporta y, en ocasiones, la indulgente respuesta jurídica frente a ella (Croall, 2001, 1; Jiménez Villarejo, 2008, 160).

El concepto de *White Collar Crimes* propuesto por Sutherland se fue modificando a lo largo de diversos trabajos (Nelken, 2012, 628). Los definió inicialmente como la “delincuencia en la clase alta o de cuello blanco, compuesta de hombres respetables o por lo menos respetados hombres de negocios o profesionales” (Sutherland, 1940, 1). Luego como “un delito cometido por una persona de alto estatus social y respetabilidad en el curso de su ocupación” (Braithwaite, 1985, 3). Una tercera definición, expone Geis, se encuentra en la *Encyclopedia of Criminology*, donde los refiere a “una persona con alto nivel socioeconómico que viola las leyes diseñadas para regular sus actividades profesionales” (Geis, 1991-1992, 13). En estas definiciones el concepto se desprende gradualmente de las connotaciones más estrictamente personales, ligadas a la condición socio-económica del autor, para enfatizar que la actividad se desarrolla en conexión con su ocupación (Geis, 2006, 312; Tiedemann, 1983, 60).

El debate criminológico se ha centrado, entre otras cosas, en identificar los diferentes elementos que permiten definir la delincuencia de cuello blanco y la forma de armonizarlos (Newburn, 2007, 375). Adicionalmente, conforme las definiciones que dio Sutherland, se ha discutido si dentro del campo de la criminalidad de cuello blanco deben quedar abarcados comportamientos que están por fuera de la ley penal, pues como indica Newburn “En lo que él llamó ‘delito de cuello blanco’, Sutherland adoptó una visión amplia en la que incluyó actos que eran definidos como ‘socialmente perjudiciales’ en la Ley, pero sin limitarse a infracciones penales” (Newburn, 2007, 373). En relación con esto último, Tappan afirmó que “otro movimiento cada vez más amplio y atractivo para revolucionar los conceptos de delito y delincuente se ha desarrollado en torno al actual dogma de moda de ‘delitos de cuello blanco’”, (Tappan, 1947, 96). Sutherland replicó afirmando que la ausencia de consideración como delito de algunos com-

portamientos obedece al trato desigual del sistema de Administración de justicia con este tipo de criminalidad (Sutherland, 1945, 137)².

La discusión criminológica se centra en determinar si las condiciones personales del autor son las que definen los delitos de cuello blanco o si son las características del hecho. En caso que el elemento principal esté representado por las consideraciones relativas al autor, ello es problemático, pues a juicio de Croall no hay pautas claras para definir los términos de persona respetable o alto estatus social (Croall, 2001, 8). A su vez, indica Green, esta perspectiva es inconveniente en derecho penal, pues “las normas profundamente arraigadas de igualdad ante la ley nos prohíben distinguir entre delincuentes por razón de su riqueza, ocupación, raza, género, etnia u otras características personales”, (Green, 2006, 42). Si el peso se pone en la ocupación o en el ámbito en que se lleva a cabo el comportamiento, la perspectiva no es menos equívoca, pues el reto está en identificar el tipo de ocupaciones, así como la escala jerárquica en que debe tener lugar el delito para merecer que se califique como de cuello blanco. En este sentido, se pregunta Croall si ¿quedan comprendidas las actividades profesionales en general o solo algunas? Y, ¿en qué escala de la jerarquía ocupacional se ubican los delitos de cuello blanco? (Croall, 2001, 6). Por su parte, Green afirma que “gran parte de los delitos de cuello blanco no tienen nada que ver ni con empresas ni con la ocupación del acusado en sí” (Green, 2006, 43). Estos problemas para conceptualizar los *White Collar Crimes*, ha llevado incluso a proponer el abandono del concepto (Green, 2005, 32).

En síntesis, el debate en torno al concepto de delitos de cuello blanco puede concretarse, a juicio de Green, en si debe mantenerse este concepto; si debe referirse a comportamientos delictivos o puede abarcar otro tipo

² Este debate revela la diferencia de enfoque entre los estudios jurídicos, que demandan aferrarse a una definición legal de delito, y la perspectiva criminológica y sociológica, para la cual no resulta necesaria y, es más, puede parecer arbitrario operar con una distinción basada en la ley penal. Inclusive, apelar a la distinción legal entre lo que es o no delito, es justamente una de las críticas que Sutherland quería poner de manifiesto, quien desde un comienzo manifestó la desviación con la que opera el sistema penal en relación con ciertas conductas, anticipando la crítica que después se derivan de la teoría del etiquetamiento y la criminología crítica.

de comportamientos “desviados”; si dentro de esta categoría deben estar presentes solo cierto tipo de sujetos, particularmente aquellos que ocupan determinado estatus socio-económico; finalmente, cuáles deben ser las características que deben presentar los comportamientos que se incluyan en los *White Collar Crimes* (Green, 2005, 4).

Estas diferencias, explica Shover, dan lugar a dos perspectivas diferentes de análisis, investigación, valoración y establecimiento de mecanismos de control (Shover, 2006, 457). De una parte, la tendencia a priorizar las características de los autores, comprometida con sancionar delincuentes ubicados en las altas esferas socio-económicas (Shover, 2006, 461) o, por el contrario, la perspectiva que prioriza el delito y el comportamiento, dando lugar a una mayor preocupación por las consecuencias de este tipo de comportamientos (Shover, 2006, 461). Estas diferencias se traducen en diferentes formas de aproximación a este tipo de delincuencia, que van desde una diferente forma de legitimar la preocupación por este tipo de criminalidad, pasando por una diferente forma de análisis de las víctimas y los costes de estos delitos, hasta las diversas explicaciones sobre sus causas (Shover, 2006, 461 y ss).

A pesar de los problemas conceptuales señalados, la doctrina criminológica parece optar por conservar el concepto de *White Collar Crimes*, entre otras razones, por su tradición y porque resulta más fácilmente comprensible que otros que han querido ser utilizados en su reemplazo, como los de delincuencia ocupacional o corporativa. Así entonces, frente a la necesidad de precisión conceptual de los delitos de cuello blanco, una respuesta adecuada es planteada por Green, quien propone una clasificación de “parecidos de familia” y no bajo criterios de “todo o nada” (Green, 2005).

Los criterios de “todo o nada” se caracterizan por fijar límites perfectamente definidos, lo cual es necesario para definir conductas delictivas, pues se debe poder conocer claramente qué comportamientos están incluidos dentro de las categorías delictivas, ya que de ello se derivan importantes efectos sobre los derechos fundamentales, particularmente con el principio de legalidad (Green, 2005, 31). No obstante, un sistema de contornos precisos y definidos no es aplicable en todas las categorías de las ciencias sociales, por lo que Green se refiere a ciertos conceptos que no pueden definirse a través de criterios de “todo o nada”; es decir, a partir de ciertas propiedades que

deben ser cumplidas necesariamente por todas las especies para pertenecer al género en cuestión. Para el concepto de *White Collar Crime*, considera Green, resulta apropiado acudir al sistema de “parecidos de familia”, en la medida en que ello no comprometa derechos o garantías fundamentales.

Habríamos mejor en pensar el ‘delito de cuello blanco’ como una colección de lo que los filósofos llaman ‘parecidos de familia’, más que susceptible de definir a través de un preciso grupo de condiciones necesarias y suficientes. (...). Pero muchos conceptos en las ciencias sociales, las humanidades, las artes, y en nuestra vida diaria simplemente no son susceptibles de una definición precisa de dentro-o-fuera. Tal tipo de conceptos tienen fronteras ‘difusas’ que no ajustan en un modelo clásico. (...). Parece obvio que, por lo menos para propósitos de teoría del derecho, es mejor aproximarse al ‘delito de cuello blanco’ como un tipo de categoría de –parecidos de familia más que como un modelo clásico–. Como la discusión arriba propuesta sugiere, es probablemente imposible alcanzar un consenso en una única colección bien definida de propiedades que todos los miembros de la categoría (y solo ellos) comparten. Más bien, el término ‘delito de cuello blanco’ debería ser entendido como referido a una flexible colección de delitos, formas de desviación, tipos de delincuentes, y conceptos morales que comparten una serie de similitudes y relaciones, (Green, 2005, 28 y 29).

Así, explica que este concepto en algunas ocasiones se asocia a la dotación de fondos para reforzar la aplicación de la ley, con lo cual una definición a través de “parecidos de familia” no resulta problemática a la luz de las garantías fundamentales (Green, 2005, 21). En este tipo de supuestos no es necesario una categoría clásica, al no comprometer ningún derecho. Así, “dada la probabilidad de que algunas investigaciones se dirigirán a personas sospechosas de haber cometido tanto delitos de cuello blanco como delitos que no son de cuello blanco, un cierto grado de imprecisión en la definición de las responsabilidades de la agencias sería probablemente bien recibido” (Green, 2005, 31). Adicionalmente, el uso del término *White Collar Crime* en otros supuestos cumple funciones simbólicas, que a su juicio tampoco compromete garantías fundamentales (Green, 2005, 32). Ahora, cuando el concepto de *White Collar Crime* pueda incidir en garantías fundamentales, como ocurre por ejemplo cuando se asocian consecuencias en la determinación o estimación de la sanción penal (bien sea agravando o atenuando la pena) (Green, 2005, 19), cuando se define cierto tipo de vic-

timas otorgándole prerrogativas o cierto tipo de derechos (Green, 2005, 20) o cuando el concepto se asocia a la determinación de competencias jurisdiccionales (Green, 2005, 20), se debe concretar a partir de referirlo a cierto tipo de delitos. Por esto, el concepto “estaría destinado principalmente a añadir fuerza retórica de las leyes en que aparece”, con lo cual seguiría siendo posible el recurso al sistema de “parecidos de familia” para definirlo (Green, 2005, 31).

Dicho esto, los “parecidos de familia” asociados al concepto de *White Collar Crime* se vincularían, a juicio de Green, con los diferentes elementos que componen el concepto de delito: la culpabilidad, el daño y la ilicitud (Green, 2005, 32). En relación con el daño, este tipo de delincuencia “tiende a ser más difusa y acumulativa que en el caso de la delincuencia convencional, y es difícil a menudo decir quién (o qué, en el caso de las instituciones o corporaciones gubernamentales) ha sido víctima, y cómo” (Green, 2005, 33). La ilicitud, que en este caso “tiende a involucrar ciertas formas características de ilicitud moral: no solo el engaño y abuso de confianza, sino también estafa, explotación, coerción, incumplir promesas y la desobediencia” (Green, 2005, 33). Finalmente, en el caso de la culpabilidad, los “delitos de cuello blanco suelen reflejar un papel distintivo del dolo: o bien no lo requieren en absoluto (como es el caso de muchas infracciones de reglamentos), o requieren una prueba del dolo tan importante que la conducta realizada sin el no solo no expone al autor a la responsabilidad penal, sino que no puede ser considerado como ilícito en absoluto” (Green, 2005, 33). Por esto, la propuesta de Green permite abarcar diversas tipologías delictivas todas ellas pertenecientes a este tipo de criminalidad, dando lugar a un concepto amplio de *White Collar Crime*.

La tesis de Newburn se orienta en una dirección similar, pues propone definir el concepto de *White Collar Crimes* a partir de elementos comunes, dando lugar a diferentes tipologías delictivas.

es ciertamente posible identificar características de los delitos de cuello blanco o delito corporativo. Sin embargo, es igualmente cierto que no todas las formas de delito de cuello blanco o corporativo exhiben todas estas características. Esto nos deja con un área de estudio ligeramente mal definida (*slightly ill-defined*), que cubre un rango de actividades desde fraudes en el trabajo a fraudes industriales a gran escala, (Newburn, 2007, 377).

Así, los delitos de cuello blanco se caracterizan porque generalmente, y parafraseando al autor, tienen lugar en ámbitos privados; son conductas que tienen una apariencia de legitimidad; tienden a involucrar un abuso de confianza en el rol ocupacional que ocupa el autor; involucra conocimientos o información privilegiada; en ocasiones no se presenta queja alguna frente a este tipo de conductas o, cuando ello ocurre, la misma suele aparecer mucho después de realizada la conducta; no involucra amenaza física o es, en comparación con otros delitos, una fuente menor de temor; es extremadamente problemática la determinación de la responsabilidad; y, finalmente, tiene un status legal ambiguo (Newburn, 2007, 377). En consecuencia, el autor considera que en el concepto de delitos de cuello blanco hay lugar para un espectro amplio de conductas delictivas.

Croall también parece apuntar en el mismo sentido, al partir de un concepto que denomina “inclusivo” en el cual se vinculan diferentes conductas, algunas de ellas incluso fuera del derecho penal, a partir de la siguiente definición: “abuso de un rol ocupacional legítimo regulado por la ley” (Croall, 2001, 18). Finalmente, Garrido, Stangeland y Redondo proponen también un concepto amplio de delincuencia económica, el que se puede agrupar a partir de diferentes criterios, entre los cuales mencionan la ubicación en el Código penal, el bien jurídico lesionado, el daño que se deriva de este tipo de delincuencia, el tipo de autor y de víctima y, prioritariamente, el *modus operandi* (Garrido, Stangeland, Redondo, 2006, 677).

En síntesis, a raíz de los problemas de concreción conceptual de la delincuencia de cuello blanco, los autores parecen decantarse por definiciones amplias donde están presentes diversas tipologías delictivas que comparten características comunes. Así, los *White Collar Crimes* serían una categoría de amplio espectro con un cierto grado de ductilidad y, por ello, no respondería a criterios tajantes de “sí o no”, o de “todo o nada”, sino que tendrían una condición graduable en función las condiciones o “parecidos de familia” que comparten diferentes tipologías delictivas.

b) El concepto de Derecho penal económico

Si la delimitación del concepto de delitos de cuello blanco es polémica, no lo es menos el concepto de derecho penal económico (Muñoz Conde, 1998,

67). A su vez, polémica también es la cuestión relativa a su legitimidad (entre otros, Silva Sánchez, 2001; Martínez-Buján Pérez, 2016, 77; Terradillos Basoco, 2006, 86 y ss). Desde la perspectiva jurídica la delimitación conceptual parte de la teoría del bien jurídico (Martínez-Buján Pérez, 2016, 124; Brettek, Schneider, 2014, 31; Reyna Alfaro, 2010, 263). A partir de allí se diferencian dos criterios: uno estricto y otro amplio. Sin embargo, ni existe acuerdo en que estos criterios son los adecuados para conceptualizar el derecho penal económico, ni tampoco los elementos constitutivos del concepto amplio (Muñoz Conde, 1998, 68 y 69).

En relación con los criterios de conceptualización amplio y estricto, la doctrina no es unánime en que esta sea una vía adecuada. Ejemplo de ello es la tesis de García Caveró, quien considera que esta aproximación no permite un análisis crítico, pues se limita a la ordenación del concreto objeto de análisis. Su propuesta se enfoca en delimitar el concepto de derecho penal económico en función de lo que llama un criterio material, que a su juicio parte de la función del derecho penal económico que es “restablecer la vigencia de expectativas sociales derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad en la economía”, (García Caveró, 2007, 46). Esta propuesta no parece, sin embargo, radicalmente diferente a las que tilda de formal, pues el criterio material que propone, fundamentado en el libre mercado y la regulación económica como modelos de ordenación constitucional de la economía, no está lejos de los fundamentos de orden político y constitucional relativos al mayor o menor control y protección jurídica de los modelos económicos en que se funda el derecho penal económico tanto en sentido estricto como en sentido amplio. Por esto, por cualquiera de estas vías se llega a un aspecto común, esto es, los modelos políticos constitucionales de ordenación económica. Ello, pues como indica Bottke, “el *Derecho penal económico material en sentido estricto* pretende la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador penal en la Constitución”, (Bottke, 1995, 640; también, en Bottke, 1999, 23 y ss).

Gracia Martín parece separarse de los criterios amplio y estricto y parte de un enfoque al que se refiere como ético, ideológico y político (Gracia Martín, 2004, 449). A su juicio, el derecho penal económico obedece a la finalidad de criminalizar las conductas que son gravemente lesivas contra el orden social. Así, de lo que se trata es de responder, por razones éticas,

ideológicas y políticas, a formas de comportamiento nocivas “consistentes en la *utilización* y en la *adquisición* de la propiedad mediante el ejercicio del dominio de las instituciones y de los instrumentos públicos y privados de la vida económica” (Gracia Martín, 2004, 451). Además de la lesividad social que caracteriza a los delitos socioeconómicos, Gracia Martín suma el criterio de la clase social de los autores, pues estos son realizados por parte de las clases sociales altas y media alta, con lo cual esta parte del derecho penal ha de estar conformado por “todas y cada una de las modalidades de conducta *materialmente criminales* de las clases sociales poderosas” (Gracia Martín, 2004, 451). Finalmente, manifiesta que la delimitación de la delincuencia económica se precisa también a partir de dos criterios adicionales: por una parte, que los comportamientos se realicen en un contexto económico. De otro lado, por razón del *modus operandi* de la acción. A la tesis de Gracia Martín pueden dirigirse las críticas que en el campo criminológico se han hecho contra la idea de vincular un tipo de criminalidad a una determinada clase social, pues afirman Croall o Levi que este tipo de delincuencia no está reservada a las clases socio-económicas más poderosas (Croall, 2001, 49; Levi, 1988, 4).

Otra perspectiva de análisis es desarrollada por Schünemann, quien da relevancia al ámbito donde se realizan los comportamientos delictivos, priorizando lo que llama “Criminalidad de empresa” (*Unternehmenskriminalität*) como elemento central de la delincuencia económica (Schünemann, 1988, 529 y 531). La propuesta de Terradillos Basoco parece orientarse en un sentido similar al partir del concepto de empresa (Terradillos Basoco, 2010, 17 a 41; Terradillos Basoco, 2008, 15 a 37; Terradillos Basoco, 1995, 13; Terradillos Basoco, 2006). Esto, pues en razón de la amplitud del concepto de derecho penal económico, éste solo puede ser acotado desde una concreta preocupación científica, en su caso la empresa (Terradillos Basoco, 1995, 13).

Los criterios previamente mencionados son problemáticos. Así, conceptos como los de Gracia Martín, Terradillos Basoco o Schünemann pueden llevar a vincular al ámbito del derecho penal económico delitos que no merecerían tal consideración. Así, ni todo delito realizado por personas socialmente poderosas debería considerarse delito económico, ni todo delito realizado en el marco de una empresa debería ser abarcado por el ámbito de la criminalidad económica (Martínez-Buján Pérez, 2016, 126 y ss).

Otra parte de la doctrina prefiere conceptualizar el derecho penal económico a partir de diferenciar entre concepto amplio y estricto. Esta es la opción para gran parte de la doctrina desde el, calificado por Rodríguez Mourullo, influyente texto de Bajo Fernández titulado “Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial” (Rodríguez Mourullo, 1981, 710). Bajo Fernández definió el Derecho penal económico en sentido estricto como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía” (Bajo Fernández, 1978, 37). Por el contrario, el concepto amplio sería aquel “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (Bajo Fernández, 1978, 40; también, Bajo Fernández, Pérez Manzano, Suárez González, 1993, 562). Así, el concepto amplio está dirigido a la protección de la actividad económica y no, como en el caso del concepto estricto, a la intervención del Estado en la economía. El problema de esta alternativa radica en la falta de precisión del concepto amplio de derecho penal económico

si descendemos al nivel de las infracciones delictivas en particular, no existe unanimidad a la hora de señalar en concreto cuáles habrán de ser las figuras que pueden reconducirse a esta categoría. Es más, las discrepancias comienzan ya a asomar cuando se pretende identificar los criterios que habría que utilizar para caracterizar la agrupación de los delitos económicos (Martínez-Buján Pérez, 2016, 102).

El concepto estricto de Derecho penal económico, quizá menos polémico, ha estado referido a las infracciones que afectan la intervención y regulación del Estado en la economía. El concepto amplio, por su parte, ha resultado más problemático, puesto que allí se pueden integrar un amplio grupo de conductas delictivas, que

si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente patrimonial individual, trátase de intereses generales de contenido económico o trátase –al menos– de intereses de amplios sectores o grupos de personas (Martínez-Buján Pérez, 2016, 100).

Tiedemann parte también para conceptualizar el derecho penal económico de la diferencia entre un concepto amplio y otro estricto (Tiedemann, 2000, 2 y 3; Tiedemann, 1993, 32). Indica que el derecho penal económico en sentido estricto se limita a la tutela del derecho administrativo económico, es decir, de la dirección y del control estatal en la economía, mientras que el concepto amplio “se caracteriza por que el hecho no se dirige (solamente) contra intereses individuales, sino contra intereses sociales y supraindividuales del acontecer económico, es decir, son lesionados bienes jurídicos sociales y supraindividuales de la vida económica o se abusa de instrumentos de la vida económica actual” (Tiedemann, 2000, 9). El concepto amplio de derecho penal económico integra, a juicio de Tiedemann, tanto la “planificación económica y social de una forma parecida a lo que ocurre en el Derecho económico, esto es, del *Derecho económico administrativo*” (Tiedemann, 2010, 60), incluyendo las “áreas y normativas del *Derecho comercial y de protección al consumidor* que, en parte, conjugan normas del Derecho económico administrativo” (Tiedemann, 2010, 61), hasta la “protección de los instrumentos centrales del tráfico económico” (Tiedemann, 2010, 61).

Los problemas de conceptualización del Derecho penal económico se transmiten al momento de decidir la forma como éste debe sistematizarse. Si se mira la propuesta de Tiedemann en Alemania y de Martínez-Buján Pérez en España, se ve que más allá de ciertas coincidencias, el criterio o criterios rectores en la sistematización son diferentes. Así, Tiedemann sistematiza el derecho penal económico a través del concepto de empresa. A partir de éste, el derecho penal económico se ordena conforme con dos criterios: uno temporal y otro con fundamento en las relaciones de la empresa con diversos sujetos: el Estado, otras empresas, consumidores e inversionistas, trabajadores, acreedores, la empresa misma y la empresa con el medio ambiente (Tiedemann, 2010, 42).

En la propuesta de Martínez-Buján Pérez la sistematización viene determinada de manera prioritaria por el objeto jurídico de protección (Martínez-Buján Pérez, 2016, 137), alejándose en identificar el derecho penal económico con el de derecho penal de la empresa, pues afirma que “no es consustancial a buena parte de los delitos económicos el que el hecho tenga que ejecutarse en el seno de una empresa” (Martínez-Buján Pérez, 2016, 126). Adicional al objeto de protección, admite otros criterios de sistematización, entre los que están problemas comunes, como los de legitimidad

abstracta (proceso de criminalización) y concreta (técnica de tipificación); problemas de orden procesal, como los relacionados con la prejudicialidad, o la complejidad de los hechos objeto de investigación judicial, entre otros. Además vincula ulteriores criterios, como la concurrencia de un interés o beneficio económico del autor; características personales en el autor y un determinado *modus operandi*, así como unos efectos que superan a los de la delincuencia clásica. Finalmente, manifiesta que se trata de delitos que generalmente son realizados por una empresa o a través de una empresa. Para ello, diferencia entre criminalidad de empresa y en la empresa, siguiendo de esta forma la diferencia que ya había sido señalada por Schünemann entre “*Unternehmenskriminalität*” y “*Betriebskriminalität*” (Martínez-Buján Pérez, 2016).

La sistematización propuesta por Martínez-Buján Pérez está, entonces, claramente relacionada con las características de los delitos socioeconómicos, entre las que destaca las siguientes: afectación a intereses socioeconómicos supraindividuales, así sea de forma mediata; la no pertenencia de dichos delitos al núcleo tradicional del derecho penal, lo que lleva a problemas de legitimidad y de compatibilidad con el principio de proporcionalidad; la existencia de un ilícito extrapenal y unas determinadas pautas de tipificación y de interpretación; características de orden procesal o determinadas pautas en la persecución penal (Martínez-Buján Pérez, 2016, 129); finalmente, características criminológicas comunes que, a juicio de Martínez-Buján Pérez se concretan en “la concurrencia de un interés o beneficio económico en el autor” (Martínez-Buján Pérez, 2016, 131) y que este tipo de delitos se realiza por “las clases sociales que detentan el poder económico” (Martínez-Buján Pérez, 2016, 133). Algo similar han sido resaltado por Tiedemann, quien reconoce ciertas características comunes en los delitos económicos, que van desde determinadas técnicas de tipificación, pasando por similares problemas de orden dogmático, por ejemplo particulares problemas en materia de error o de autoría y participación, hasta problemas comunes de orden procesal (Tiedemann, 2000, 23 a 37).

La forma como la doctrina jurídica delimita conceptualmente y sistematiza el derecho penal económico obedece, entonces, más que a un sistema cerrado de clasificación, a la selección de una serie de criterios de distinto orden que son comunes a un amplio grupo de delitos. En consecuencia, tanto la doctrina jurídica como la criminológica parecen haber optado por

el recurso a diferentes criterios que, en conjunto, permiten delimitar este ámbito de la criminalidad o del derecho penal objetivo. Valga como corolario de esto, la afirmación de Martínez-Buján Pérez al señalar que

la delimitación de la materia delictiva económica en su sentido amplio solo puede ser acotada desde una preocupación científica concreta (como, v. gr., el consumidor, el empresario, el delincuente de cuello blanco). Sin embargo, tal y como se expondrá posteriormente, aquí se pretende justamente aunar todas esas perspectivas, concibiéndolas como criterios de identificación de la categoría de los delitos económicos en su sentido amplio. Eso sí, con la importante particularidad añadida de que a tal efecto dichos criterios deberán ser combinados con la perspectiva jurídica, que se erigirá como la perspectiva rectora o hilo conductor de la exposición. Y no solo a partir de la necesidad de delimitar los contornos del grupo desde el prisma del bien jurídico protegido, sino también y sobre todo a partir de la conveniencia de examinar con carácter general el amplio elenco de cuestiones *jurídicas* comunes a todas las figuras delictivas, (Martínez-Buján Pérez, 2016, 102 y 103).

Conforme con lo anterior, el concepto de derecho penal económico y de criminalidad de cuello blanco no permite una precisión conceptual general o válida para los ámbitos jurídico y criminológico. Por el contrario, lo que se desprende del debate es la adopción de conceptos amplios donde es posible agrupar diferentes categorías delictivas, en función de la dirección o preocupación científica que se asuma: criminológica, político criminal, procesal, dogmática, etc. (Brettek, y Schneider, 2014, 35).

3) Concepto y sistema del derecho penal económico social en el Código penal colombiano

Desde una perspectiva jurídica, el análisis del título X del Código penal lleva a preguntarse por el concepto de derecho penal económico; si el *nomen iuris* de dicho título hace referencia al bien jurídico protegido por los delitos que lo integran; y si éste responde a una adecuada ordenación sistemática.

Conforme con la posición de la jurisprudencia y la doctrina colombiana, no parece existir problema al momento de conceptualizar el derecho pe-

nal económico y aceptar que el bien jurídico protegido por el título X del Código penal se corresponde con su denominación, esto es, con el orden económico y social. Incluso, esta consideración parece desprenderse de los trabajos legislativos para la aprobación del Código penal vigente, a juzgar por la afirmación contenida en la ponencia para primer debate del Proyecto de ley 040 de 1998: “Las penas contempladas en la legislación vigente para cada uno de los delitos que conforman este título (se refiere la ponencia al título de los delitos contra el orden económico social), fueron en el proyecto aumentadas, en cantidad tal que protejan en forma adecuada el bien jurídico tutelado, posibilitando así una eficaz intervención y racionalización del Estado en la economía”, (Gaceta del Congreso número 280 de viernes 20 de noviembre de 1998).

En lo que toca con el concepto de derecho penal económico, la jurisprudencia constitucional parte de la tradicional diferencia entre conceptos estricto y amplio, como se lee en la sentencia C-224/2009, donde se lo define como “conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico social, dando lugar i) a una concepción estricta, según la cual es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía y ii) a una concepción amplia, como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

En relación con el bien jurídico penalmente protegido por el título X, también la jurisprudencia se orienta por identificarlo con el *nomen iuris* de este título, esto es, el bien jurídico sería el orden económico y social. Ejemplo claro de ello se encuentra en la sentencia C-83/1999, en la que se lee lo siguiente:

orden legal económico se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente de derecho punitivo. (...) Por ello, el legislador, en ejercicio de sus competencias y como desarrollo de una política criminal concertada, ha elevado a la categoría de delitos una serie de conductas que considera lesivas de ese orden económico social en cuanto lo atacan o ponen en peligro

Algo similar se afirma en la mencionada C-224/2009, que en relación con el bien jurídico protegido por los delitos del título X, lo relaciona claramente

con el orden económico social, al afirma que “en cuanto al bien jurídico “orden económico social”, el legislador penal ordinario goza de un amplio margen de discrecionalidad (...)”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acude a la misma técnica de conceptualización y de determinación del bien jurídico penalmente protegido. Así, en la sentencia de 21/05/2009, radicado 30925, se afirma que:

Respecto de la conducta punible de usura, es claro, además, que se trata de un tipo penal pluriofensivo, pues, fuera de menoscabar el “orden económico social”, erigido como bien jurídico objeto de la tutela penal, igualmente lastima los derechos patrimoniales de la persona que celebra el negocio jurídico en el que debe pagar el interés excesivo³.

En forma análoga, la sentencia de 16/07/2014, radicado 41800, asume un concepto de Derecho penal económico en sentido amplio y lo vincula a la protección de un bien jurídico que es el orden socio económico:

la Estafa se enlista entre los delitos que afectan el patrimonio económico de las personas y el Enriquecimiento ilícito de particulares entre los que lesionan o ponen en peligro el orden económico y social. El primero, es un bien jurídico de carácter individual que busca garantizar la propiedad y demás relaciones jurídicas con contenido económico de las personas con las cosas, servicios o derechos; mientras que, el segundo es un bien jurídico colectivo o supraindividual que busca la salvaguarda del régimen de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios y, en general, los principios básicos del sistema económico imperante (libertad de empresa, libre competencia, entre otros).

La doctrina colombiana que se ha ocupado de los delitos socio económicos en el vigente Código penal, reconociendo la dificultad que supone la conceptualización de esta parte del Derecho penal (Ballesteros Correa y Nayi Abushihab, 2011, 82), se mueve, también, en clave de conceptos estricto y amplio de derecho penal económico. Así, por ejemplo, se desprende del

³ Una tesis similar se observa en las sentencias de 13/05/2009, radicado 27224; 09/09/2009, radicado 32340; 02/09/2009, radicado 32331; 5/08/2009, radicado 28300; 1/04/2009, radicado 26806 o 12/12/2012, radicado 32138.

texto de Reyes Cuartas, quien sin mencionar expresamente los términos “concepto amplio” y “concepto estricto”, parece claro que es en esta línea de conceptualización por la que se orienta, al decir que “la discusión, como ya se anotó, en un inicio remitía a la discusión de si lo protegible era la economía intervenida o también lo era el mercado libre”, (Reyes Cuartas, 2006, 100). También el trabajo de Hernández Quintero, quien en el mismo año de la publicación de la Ley 599 de 2000 se orienta por una conceptualización que coincide con el concepto estricto de Derecho penal económico, cuando sostiene que “constituirá delito contra el orden económico social, toda conducta que lesione o ponga en peligro dicho orden económico social, entendido éste como la regulación jurídica del intervencionismo de Estado en la economía”, (Hernández Quintero, 2000, 36 y 37).

La doctrina más reciente expresamente reconoce los conceptos amplio y estricto. En este sentido, Ballesteros Correa y Nayi Abushihab afirman que

(...) por un lado encontramos un concepto amplio de derecho penal económico, según el cual este “es el conjunto de reglas jurídicas dotadas de consecuencias jurídico-penales, cuya finalidad es la protección del proceso de producción, distribución y consumo de bienes”; por el otro, un concepto estricto en virtud del cual se entiende como derecho penal económico al “conjunto de reglas jurídicas dotadas de sanción penal, cuyo objetivo es la protección de la actividad interventora del Estado en la economía a través del control y la regulación, (Ballesteros Correa y Nayi Abushihab, 2011, 85 y 86).

También Córdoba Angulo y Ruíz López reconocen expresamente como criterio de clasificación los conceptos amplio y estricto de Derecho penal económico, (Córdoba Angulo y Ruíz López, 2011, 238 y 240).

En lo relativo al bien jurídico protegido por el derecho penal económico, la doctrina se orienta por referirlo al orden económico y social, entendido generalmente bajo un concepto amplio, con la excepción de Hernández Quintero, quien defiende un concepto estricto (Hernández Quintero, 2000, 36). Así, Reyes Cuartas (Reyes Cuartas, 2006, 100 y ss), o Ballesteros Correa y Nayi Abushihab asocian expresamente el bien jurídico con el concepto de orden económico (Ballesteros Correa y Nayi Abushihab, 2011, 82 y 87); lo mismo puede decirse de la propuesta de Córdoba Angulo y Ruíz López, con la diferencia de que éstos apuntan a una tesis pluriofensiva, siendo uno de los bienes jurídicos afectados el orden económico y social:

los delitos contemplados bajo la rúbrica orden económico social, en la mayoría de los casos, son de carácter pluriofensivo, ya que, además de comportar una lesión o puesta en peligro del bien jurídico orden económico social, traen consigo una lesión o puesta en peligro primaria a un bien jurídico de carácter individual, que por lo general, aunque no de manera excluyente, será el patrimonio económico o los derechos de propiedad industrial radicados en cabeza de una persona natural o jurídica, (Córdoba Angulo y Ruiz López, 2011, 238).

De lo anterior se desprende que doctrina y jurisprudencia, además de optar por la tradicional conceptualización entre derecho penal económico en sentido amplio y estricto, se decanta por referir como objeto de tutela de los delitos del título X del Código penal, el orden económico social.

Del análisis que ha venido haciendo la jurisprudencia y la doctrina nacional del derecho penal económico, puede decirse que el concepto que utiliza si bien no es inadecuado, sí es posible una mejor precisión. Ahora, lo que no se considera correcto es derivar el bien jurídico protegido del nombre del título X del Código penal. Finalmente, de cara a la sistematización del título X del Código penal, cabe decir que no parece correcto con el concepto de derecho penal económico que del mismo se deriva. A estos tres asuntos dedicaremos la última parte de este escrito.

En lo relativo al concepto de derecho penal económico, desde una perspectiva jurídico penal y concretamente de derecho material, cualquier pretensión por el conceptualizarlo debe partir por las directrices constitucionales en materia de ordenación socioeconómica. Conforme la regulación constitucional, el sistema económico colombiano se funda en una economía mixta, donde coexisten los principios de intervención y dirección estatal de la economía por parte del Estado, la libertad de la actividad económica e iniciativa privada, y la función social de la empresa, de manera que se logren los objetivos del Estado Social de Derecho, tal y como se enuncian en el artículo 334 (Lozano Rodríguez, 2016, 385 y ss). Así, desde el marco constitucional se garantiza el libre ejercicio de la actividad económica, no obstante el ejercicio de tal libertad se encuentra intervenida y, por ello, puede ser limitada por el Estado. Por ello los dos polos en los que se mueve la actividad socioeconómica son libertad económica e intervención y regulación económica por parte del Estado. Dicha intervención, que en última

instancia tiene como fin alcanzar los objetivos del Estado social de derecho, se puede concretar, como se desprende de los artículos 333 y 334 de la Constitución, en garantizar la libre empresa y la iniciativa privada económica, la libre competencia, la sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y el desarrollo y preservación de un ambiente sano durante cualquier manifestación de la libertad económica en cualquiera de los momentos y actividades en que ésta se desarrolla.

Si se desciende al plano de la regulación penal material, propiamente al título X del Código penal, se puede ver un reflejo de la perspectiva constitucional, es decir, la garantía de la libertad e iniciativa económica bajo ciertos límites. En este sentido, la libertad económica puede dar lugar a sanciones si amenazan o lesionan, por ejemplo, la libre empresa y la iniciativa privada o la libre competencia (mediante las conductas de los artículos 306, 307 y 308 del Código penal), el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes (mediante las conductas de los artículos 297, 298, 299 o 300), el uso del suelo (artículo 318) o por interés estatal en la regulación y racionalización de la actividad económica (los delitos contra el sistema financiero, artículos 314 a 317; o los diferentes delitos del capítulo V dedicado al lavado de activos).

En este sentido, a partir de los diferentes delitos del título X del Código penal, no parecen existir duda que de *lege lata* puede defenderse un concepto o perspectiva amplia a partir de la cual se puede definir el derecho penal económico en el sistema colombiano como el conjunto de normas de derecho penal material que sancionan el ejercicio de la libertad económica cuando en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, explotación de los recursos naturales o usos del suelo, contraviene los límites impuestos para el logro de los objetivos del Estado social de derecho y, más concretamente, cuando el ejercicio de libertad económica desborda los límites que se derivan de los principios de intervención del Estado en la economía y la función social de la propiedad.

Conforme con lo anterior, se logra integrar un amplio grupo de conductas delictivas que comparten elementos comunes que permiten comprender diferentes delitos que tiene entre ellos “parecidos de familia” y en razón de ello, pueden integrar el título X del Código penal. Así, los delitos eco-

nómicos que se integran bajo el concepto antes mencionado no permiten establecer un grupo cerrado, bajo un sistema de “todo o nada”. Los elementos comunes más sobresalientes de los delitos económicos, conforme la definición mencionada, está que en ellos se presenta un ejercicio arbitrario, o que va más allá del permitido, de la libertad económica. Es por ello que los delitos contra el orden económico social en su casi totalidad se caracterizan por tratarse de conductas en las que resulta en ocasiones problemático establecer el riesgo penalmente relevante, como quiera que tales comportamientos pueden ser realizados, bajo ciertas condiciones, de forma lícita. A su vez, afectan generalmente bienes jurídicos supraindividuales o, en aquellos casos en que se afectan bienes jurídicos individuales, dichos delitos tienen una repercusión a nivel supraindividual. Adicionalmente, presentan problemas comunes de legitimidad o, problemas dogmáticos comunes, particularmente en la asignación de responsabilidad penal, pues en muchos casos se realizan en el marco empresarial.

El concepto amplio de derecho penal económico que se defiende no puede llevar a defender que el bien jurídico protegido sea el “orden económico social”, ni desde una tesis mono-ofensiva ni desde una tesis pluriofensiva. En este sentido, no resulta correcta la tesis mayoritaria presente en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina, pues si bien es claro que desde la perspectiva jurídica el concepto derecho penal económico debe partir de la teoría del bien jurídico (Brettek, y Schneider, 2014, 31), ello no significa que sea el propio concepto “orden económico social” el bien jurídico protegido. Esta es, por demás, una tesis que se defiende de cara a la legislación penal española, como sostiene Martínez-Buján Pérez para quien el bien jurídico directamente protegido no se corresponde con el orden económico: “de lo que se acaba de exponer en el epígrafe anterior cabe deducir que el orden económico no puede ser caracterizado como un bien jurídico en sentido técnico, ni siquiera en el caso de que se trate del orden económico en sentido estricto, sino solo como un bien jurídico mediato”, (Martínez-Buján Pérez, 2016, 173). Es más, afirma que el grupo de delitos que se vinculan sistemáticamente bajo el concepto de Derecho penal económico protegen distintos bienes jurídicos. (Martínez-Buján Pérez, 2016, 170 y 171).

Esta posición se puede fundamentar en la amplitud del concepto “orden económico social”, pues en él están presentes conductas que si bien tienen en común ejercicio de la libertad en la actividad económica, son muy dis-

tantes entre sí. Todo lo cual no permite la precisión o concreción que debe tener, o que se espera que tenga, el bien jurídico. Asumir entonces como bien jurídico penalmente protegido el “orden económico social” no se compeadece, en primer término, con la necesidad de contar con un criterio que, apunta Hassemer, debe ser “selectivo y nítido” y “que exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos” (Hassemer, 2007), pues de lo contrario no podrá cumplir los fines a que está llamado en la interpretación del Derecho penal.

Seguir optando por definir como bien jurídico de los delitos del título X del Código penal el orden económico social permite, con razón, que se formulen críticas en torno a la legitimidad de derecho penal económico, como es el proceso de espiritualización de los bienes jurídicos protegidos por estos delitos o la falta de límites claros en la interpretación de los elementos que componen las figuras delictivas, con la posibilidad de interpretaciones extensivas de los tipos penales. Adicionalmente, apuntar como hace la doctrina y jurisprudencia que el bien jurídico es el orden económico social, impide la tarea de precisar el momento de concreción o acaecimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (Brettek, Schneider, 2014, 31 y 32). Es decir, un concepto de bien jurídico referido al “orden económico social” hace prácticamente imposible determinar cómo puede ser susceptible de ser lesionado y puesto en peligro este bien jurídico y, con ello, perturbar una labor interpretativa del tipo que permita comprender los niveles de conductas que sobrepasan el riesgo penalmente relevante y, con ello, delimitar el campo del desvalor de resultado que, de realizarse, pueda en su caso ser imputado a una conducta –desvalor de acción–. Rechazar la identificación del *nomen iuris* del título X con el bien jurídico protegido por este, se puede también justificar a partir de la diversidad de bienes jurídicos que se vinculan a cada uno de los delitos que componen dicho título, que en ocasiones no tiene que ver que con el orden económico social.

Por lo anterior, si bien el concepto de bien jurídico debe guiar la interpretación y análisis jurídico del título X, ello no tiene que llevar necesariamente a que éste sea el *nomen iuris* del título en cuestión. Más bien, el título X del Código penal permite, dada su amplitud, que se ordenen diferentes bienes jurídicos protegidos mediante la acriminación de diferentes conductas que presentan características y problemas comunes y que fundamentalmente comparten el hecho de que se trata de comportamientos relacionados con

el ejercicio de la libertad económica en las esferas de producción, distribución, consumo y utilización de bienes y servicios. Es decir, en dicho título se reúnen una serie de conductas delictivas que, ordenadas a la protección de diferentes bienes jurídicos, sirven para asegurar el funcionamiento de la economía o del orden socio económico, bajo un esquema en el que se encuentran en tensión el libre ejercicio de la iniciativa económica y la intervención y limitación de dicha libertad por parte del Estado. Así, el *nomen iuris* del título X cumple en este caso, en términos de Reyna Alfaro, una función de sistematización (Reyna Alfaro, 2010, 268). Obviamente, será en el análisis de cada uno de los delitos o grupos de delitos del Título X del Código penal donde se pueda precisar el bien jurídico o bienes jurídicos a proteger. Prueba de la diversidad de bienes jurídicos protegidos por los delitos contra el orden económico y social se encuentra en la tesis que para el Derecho penal español defiende Martínez-Buján Pérez, quien afirma que

Así, tanto en el caso de delitos económicos contruidos a partir de la vulneración de bienes jurídicos individuales como de bienes supraindividuales o colectivos habrá que proceder a un examen particularizado de las diferentes infracciones con el fin de dilucidar si la intervención del Derecho penal (y, en su caso, la del Derecho de la pena privativa de la libertad) se halla, o no, justificada, sin que pueda aceptarse una descalificación global y apriorística de algunas agrupaciones delictivas. La diversidad de los bienes jurídicos implicados obliga a este análisis pormenorizado, (Martínez-Buján Pérez, 2016, 170).

Finalmente cabe efectuar una breve referencia a la sistemática del título X. En éste se integran un total 41 delitos en 6 capítulos, que son los siguientes: “del acaparamiento, la especulación y otras infracciones”; “de los delitos contra el sistema financiero”; “de la urbanización ilegal”; “del contrabando”; “del lavado de activos” y “del apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los Contengan y otras disposiciones”. Si bien los delitos que se integran en cada capítulo tienen anclaje en el concepto amplio de derecho penal económico mencionado, la sistematización podría ser más clara, en cuanto al orden de los delitos y los capítulos en el título X, además de integrar delitos que están en otros títulos y que deberían estar ubicados en los delitos contra el orden económico y social.

En cuanto a la ordenación sistemática de los delitos dentro del título X, una forma adecuada para ello sería la propuesta por Tiedemann, conforme la cual ordena los delitos en función de las relaciones del agente económico con diferentes sujetos (Tiedemann, 2010, 42 a 49). Así, el sujeto en ejercicio de su libertad en el ámbito económico puede tener relaciones con diversos sujetos, siendo cada una de tales relaciones objeto de un ámbito diferente en el cual pueden enmarcarse los diferentes “grupos delictivos”. En primer lugar están las relaciones con el Estado, marco en cual se integraría el núcleo duro del derecho penal económico. En este punto tendrían cabida los diferentes delitos que afectan la intervención del Estado en la economía, tales como delitos contra la Hacienda pública (que conforme la Ley 1819 de 2016 –arts. 338 y 339–, se titula “delitos contra la Administración tributaria”), las diferentes modalidades de contrabando o lavado de activos. En este sentido, extraña que delitos típicamente económicos, como son los que afectan la Hacienda pública o Administración tributaria tengan hoy ubicación en los delitos contra la Administración pública (omisión de agente retenedor o recaudador, art. 402; fraude de subvenciones, art. 403 A; y omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, art. 434 A), más aún cuando existen delitos íntimamente relacionados con éstos que se encuentran en el título X, como son los delitos de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado o la evasión fiscal.

Luego habrían de integrarse las conductas donde se presenta una relación entre el sujeto activo y las empresas, donde se encontrarían los supuestos que afectan de libertad de competencia, en cuyo caso cabría vincular una serie de delitos que en algunos casos tienen relación con la libre competencia como puede ser el caso de la ilícita explotación comercial.

Por otra parte, otro grupo de delitos se podría construir a partir de las relaciones entre sujeto activo e inversionistas y consumidores. En este ámbito podrían estar muchas figuras típicas que actualmente se encuentran diseminadas en diferentes capítulos del título X. Por una parte, delitos cuya ubicación actual es la del capítulo primero del acaparamiento, la especulación y otras infracciones. En este caso, como ejemplo, estarían figuras como las de acaparamiento, especulación, alteración de modificación, calidad, cantidad, peso o medida, entre otros. Por otra parte, figuras típicas previstas en el capítulo segundo, relativas a posibles perjuicio a inversionistas, como

es el caso del art. 314 o 315. En este caso, también podrían ubicarse delitos que se encuentran actualmente en el título VII del patrimonio económico, como son los delitos 250a corrupción privada y 250b relativa a la administración desleal.

Resulta también extraño ubicar fuera de la sistemática de los delitos contra el orden económico social a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, ubicados en el título XI. Su vinculación al título X quedaría justificada por la rúbrica “social”, además de la expresa referencia constitucional, en el artículo 334, a los recursos naturales.

Finalmente, podría decirse que, si bien las fronteras del derecho penal económico no son lo definidas que se quisiera, hay delitos que quizá no habrían de estar ubicados en el título X, porque sus consecuencias probablemente pueden no tener más dimensión lesiva que la estrictamente individual, como es el caso de los delitos de daño en materia prima, producto agropecuario o industrial, que bien podría estar regulado en delitos contra el patrimonio económico. Igualmente, quizá puede ponerse en duda la ubicación del delito de testaferrato del artículo 326 en este título. En consecuencia, se considera que la sistematización prevista en el título X no es la más adecuada, pues dentro de dicho título hay delitos que no deberían hacer parte del mismo, y otros que deberían integrarlo.

4) Bibliografía

- Bajo Fernández, M. (1978). *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas.
- Bajo Fernández, M. Pérez Manzano, M. & Suárez González, C. (1993). *Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed. Madrid: Ramón Aceres.
- Ballesteros Correa, F. & Nayi Abushihab, M. (2011). Capítulo segundo. Delitos que afectan el orden económico y social. Que afectan a los consumidores. En Carlos G. Castro Cuenca (Coord.). *Manual de Derecho penal parte especial*. Tomo II. Bogotá: U. Del Rosario.
- Bottke, W. (1995). Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas. En *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín oficial del Estado.
- Bottke, W. (1999). Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. *Revista penal*, número 4.
- Braithwaite, J. (1985). White Collar Crime. *En Annual Review of Sociology*. Vol. 11.
- Brettek, H. & Schneider, H. (2014). *Wirtschaftsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Cid Moliné, J. & Larrauri Pijoan, E. (2001). *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch.
- Córdoba Angulo, M. & Ruíz López, C. E. (2011). Delitos contra el orden económico social. En *Lecciones de Derecho penal, parte especial*. Bogotá: Universidad Externado.
- Croall, H. (2001). *Understanding White Collar Crime*. Philadelphia: Open University Press.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte General*. Tomo I. Lima: Grijley.
- Garrido, V., Stangeland, P. & Redondo, S. (2006). *Principios de criminología*, 3ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- Geis, G. (2006). El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico. En Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos, Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.). José Luis Guzmán Dálbora, Alfonso Serrano Maíllo (ed.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson.
- Geis, G. (1991-1992). *White-Collar Crime. What is it? Current Issues in Criminal Justice*. 1. Vol. 3.
- Gracia Martín, L. (2004). Recensión al libro de Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte General*. *Revista de Derecho penal y criminología*. 2004.
- Green, S. (2006) Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco, José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Trad.), Madrid: Marcial Pons.
- Green, S. (2005). The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 8, nº 1.
- Hassemer, W. (2007). “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?” en Roland Hefendel (ed.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Hernández Quintero, H. (2000). Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código penal colombiano. *En Derecho Penal y Criminología*, Vol. 21, núm. 70.
- Jiménez Villarejo, C. (2008). “La tolerancia judicial ante la delincuencia fiscal”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública* nº 19.

- Levi, M. (1988). *The Prevention of Fraud*. Crime Prevention Unit. 17.
- Lozano Rodríguez, E. (2016). Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991”, en Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll, Betsy Perafán Liévano, *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2016). *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*. 5ª. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1998). Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. En *Revista Penal*, N°1.
- Muñoz Conde, F. (1995). Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma. En *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Jornadas en Honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Nelken, D. (2012). White-Collar and Corporate Crime. En Mike Maguire, Rod Morgan y Robert Reiner (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- Newburn, T. (2007). *Criminology*. Cullompton: Willan Publishing.
- Reyes Cuartas, J. F. (2006). El delito socio económico en el derecho penal colombiano. En *revista Jurídicas*, Vol. 3, n. 2.
- Reyna Alfaro, L. M. (2010). Delimitación conceptual del objeto de estudio del Derecho penal económico y de la empresa. En *Derecho penal y modernidad*. Lima: ARA editores.
- Rodríguez Mourullo, G. (1981). Los delitos económicos en el proyecto de Código penal. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34, fasc./mes 2-3.
- Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Número 2.
- Shover, N. (2006). El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva. En Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dálbora, Alfonso Serrano Maíllo (Coord.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. España: Dykinson.
- Silva Sánchez, J.M. (2001). *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. Madrid: Civitas.
- Sutherland, E. (1945). Is White-Collar Crime, Crime?. En *American Sociological Review*. Vol. 10, No. 2, abril.
- Sutherland, E. (1940). White-Collar Criminality. En *American Sociological Review*. Número, 1.
- Tappan, P. W. (1947). Who is the criminal?. En *American Sociological Review*.
- Terradillos Basoco, J. (2010). Sistema penal y empresa. En *Cuestiones actuales de derecho penal económico y de la empresa*, Lima: Ara Editores.
- Terradillos Basoco, J. (2008). Sistema penal y empresa. En Juan María Terradillos Basoco y María Alcalde Sánchez (Coords.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico*. Seminario internacional de Derecho penal (Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007), Cádiz: Monografías de Derecho y jurisprudencia, Universidad de Cádiz.
- Terradillos Basoco, J. (2006). Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. En *Nuevo Foro Penal*, número 70.
- Terradillos Basoco, J. (1995). *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta.
- Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho penal económico*. Parte general y especial. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Tiedemann, K. (2007). *Derecho penal económico: Introducción y panorama*. En *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Grijley.
- Tiedemann, K. (1993). El Derecho penal económico: visión global del Derecho sustantivo y del Derecho procesal penal. En *Lecciones de Derecho penal económico*. (Comunitario, español, alemán). (Trad. Teresa Martín). Barcelona: PPU.
- Tiedemann, K. (1983). El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico. En *Revista Chilena de Derecho*, número 1.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho penal parte general*, Tomo I, Santiago: editorial jurídica de Chile.



Los delitos financieros en Colombia: antecedentes, evolución y futuro

Hernando A. Hernández Quintero¹

1) Introducción

El interés por el estudio del derecho penal económico surge con el abandono del Estado liberal y el advenimiento de la sociedad posindustrial con su divisa del intervencionismo de Estado en la economía. En sus primeras etapas se preocupó por sancionar comportamientos que afectaban el libre mercado, tales como el

¹ Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor titular de la Universidad de Ibagué y de posgrado en las universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia (Bogotá y Cali), Simón Bolívar de Barranquilla y Universidad de Medellín. Vinculado al Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. El autor ha sido profesor por varios años de la especialización en Derecho Financiero y de los Negocios en la Universidad Pontificia Bolivariana. hahernandezq@hotmail.com

acaparamiento, la especulación, el agiotaje, el pánico económico y la usura, entre otros.

En 1949 ve la luz la monografía del sociólogo norteamericano Edwin Sutherland, titulada *El delito de cuello blanco*, que se afirma cambió el paradigma del derecho penal. En ella, el autor, luego de indagar sobre la conducta de setenta empresas en los Estados Unidos, evidencia censurables comportamientos que alteraban la economía, tales como: prácticas laborales injustas, restricción del comercio, falsa representación publicitaria, infracción de patentes, marcas de fábricas, violación a los derechos de autor, fraudes financieros, violación de la confianza y violaciones a las regulaciones de guerra.

Como corolario de su investigación, Sutherland plantea la tesis de que las patologías sociales y personales no son una explicación adecuada de la conducta delictiva como lo defendía a ultranza la escuela positiva. Entonces, el factor causal del delito no es la pobreza en el sentido de la necesidad económica, sino las relaciones interpersonales que a veces están asociadas con la pobreza y a veces con la riqueza. Por esta vía, utilizando el criterio de la asociación diferencial, define el delito de cuello blanco como aquel cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación.

A partir de estas observaciones surge una fuerte corriente que propugna por la sanción penal de comportamientos que hasta ese momento venían siendo tramitados por vía del derecho administrativo sancionador, generalmente con multas que afectaban a las empresa responsables, dejando sin consecuencia el actuar de sus propietarios, representantes y funcionarios.

En las décadas de los ochenta y noventa se presentaron en el mundo desguisados que motivaron una gran expansión del derecho penal económico y su especie el derecho financiero. Así, en España se descubrieron los malos manejos de Mario Conde en el Banco Español de Crédito (Banesto), que le produjeron a esa entidad un quebranto patrimonial de 7.000 millones de pesetas (El mundo, 1995, pp. 36-38). En Colombia, como consecuencia de los aviesos comportamientos de algunos banqueros y el auge del mercado

extrabancario, se presentó una crisis de inmensas proporciones que obligó a la declaratoria de una emergencia económica, a cuya sombra de crearon normas de derecho penal financiero. En Venezuela, la quiebra del Banco Latino llevó a la miseria a 1.200.000 personas, seducidas por tasas de interés del 72 % (Hernández Quintero, 2008, p. 419).

En ese momento, para enfrentar esta nueva delincuencia, se produce una verdadera inflación legislativa en materia de derecho penal económico que inicia con el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 en España, estatuto que se concreta en la Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995. De dicho proyecto tomó una gran parte el Estatuto Penal que se dictó en Colombia en 1980 (Decreto 100), en el que se incorporó el título VII “Delitos contra el orden económico social”. Empero, en esa cartilla de penas no aparecían los delitos financieros, los cuales se incluyen en nuestro ordenamiento penal a partir de 1982, por las razones que más adelante se consignan.

2) El concepto de delito financiero

Partiendo del criterio de que los delitos contra el sistema financiero constituyen una de las especies más destacadas del delito contra el orden económico social y aceptando la opinión de Martínez Neira (1994), quien afirma que:

...el derecho financiero es el conjunto de principios y normas que gobiernan la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones que tienen por objeto la captación, el manejo, el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de servicios auxiliares del crédito. (p.3).

Podemos definir entonces el delito financiero como el comportamiento que lesiona o pone en peligro la adecuada organización del sistema financiero, conspira contra la confianza del público en sus instituciones de crédito, la seguridad de las transacciones comerciales, en particular las operaciones bancarias, y afecta el ahorro del público.

3) Antecedentes de los delitos financieros en Colombia

a) La crisis financiera de los años ochenta y la tipificación penal de comportamientos castigados por el derecho administrativo sancionador

Al finalizar la década de los ochenta estalló en Colombia una crisis financiera que afectó a 75.000 ahorradores que perdieron sus recursos pues no existía en el país mecanismos para recuperar tales inversiones²; en ese momento, el Estado debió destinar para el salvamento y rescate de instituciones financieras cerca de 242 mil millones de pesos.

Como causas de la crisis fueron señaladas por destacados estudiosos las siguientes: el crecimiento desordenado en cuanto a tipo y número de instituciones; el tamaño desproporcionadamente grande del sector respecto de su solidez patrimonial; la concentración de la propiedad; las malas prácticas por medio de autopréstamos y los malos manejos administrativos (Ortega, 1984, p. 8). Asimismo: la estructura desequilibrada entre captaciones a corto plazo y préstamos a largo plazo y el atraso de la legislación financiera (Montenegro, 1984). A estos factores puede agregarse la utilización indebida de los recursos de los ahorradores para financiar la compra de otras entidades y las bonanzas marimbera y cafetera, que propiciaron el aumento en la exigencia del encaje marginal, medida bien intencionada que, lamentablemente, estimuló el mercado extrabancario y con ello el ejercicio ilegal de la actividad financiera.

Para enfrentar esta difícil situación el Gobierno decretó el estado de emergencia económica por medio del Decreto 2919 de 8 de octubre 1982 y a su amparo, el mismo día, se profirió el Decreto Legislativo 2920 “Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano”. El primer capítulo del Estatuto se ocupa de una serie de reco-

² Para superar dificultades surgidas de situaciones como las comentadas se creó en 1985, por medio de la Ley 117, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

mendaciones a los administradores de instituciones financieras, especialmente para que no concentren el crédito y para evitar prácticas riesgosas y no autorizadas. Asimismo, establece los mecanismos para garantizar la confianza del público en el sector financiero, entre ellas, la más drástica: la nacionalización. El segundo capítulo se ocupa justamente de definir el concepto de nacionalización de entidades financieras, las causas que pueden conducir a esta extrema medida, el procedimiento para adoptarla y las consecuencias de la misma. El capítulo tercero se denominó “Protección penal de la confianza en el sistema financiero” y en él se consagraron tres nuevos tipos penales: la utilización indebida de fondos captados del público (art. 18); las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 19) y la captación masiva y habitual de dineros (art. 20). Finalmente, el capítulo cuarto se relaciona con disposiciones generales, entre las cuales se destaca la concreción de las entidades que son consideradas financieras para los efectos del Estatuto comentado. Asimismo, se desmontan las compañías de autofinanciamiento industrial y de servicios que se habían autorizado por el Decreto 1839 de 1982.

El Decreto 2920 de 1982 fue demandado por inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia, alto Tribunal que declaró su exequibilidad en la Sentencia 85 del 2 de diciembre de 1982, con ponencia del doctor Ricardo Medina Moyano.

La creación de los nuevos tipos penales recibió de inmediato las más severas críticas por parte de autorizados penalistas que consideraron inconveniente sancionar por vía penal comportamientos hasta ese momento cubiertos por el derecho administrativo sancionador. En efecto, las conductas que se tipificaron se encontraban todas reseñadas en los Decretos 2388 de 1976, 3604 de 1981 y 1970 de 1979³, con consecuencias de carácter pecuniario que debía imponer la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera, Decreto 4327 de 2005).

De esta forma, el único esfuerzo del legislador se concentró en repetir la descripción que aparecía en las normas administrativas y cambiar la multa por una pena.

³ Hoy se encuentran en el Decreto 663 de 1993.

En su momento expresó sobre el tema el profesor Jaime Bernal Cuéllar (1985):

¿Por qué razón el legislador ha tratado de convertir en comportamiento punible, en hecho conforme al Código Penal, conductas que estaban descritas de manera idéntica o similar y que traían unas sanciones dentro de las disciplinas del derecho penal administrativo? ¿Será que en un momento determinado estos decretos fueron inoperantes? Si la respuesta es afirmativa, tendríamos que hacernos otra pregunta. ¿Se logrará la eficacia de ese control dándole entidades de delitos a conductas ya sancionadas con medidas de otra naturaleza e impuestas por personas u organismos que conocen perfectamente de estos temas del posible control financiero de los autopréstamos y demás? O el elevar a tipos penales estas conductas nos conducirá a una conclusión también negativa, por una razón y debemos ser muy claros. ¿Estamos en condiciones de aplicar precisamente este decreto con los elementos de juicio que tienen actualmente los señores jueces penales? (p. 22).

La preocupación por la ineficacia de las nuevas disposiciones penales fue también expresada por el profesor Antonio Cancino (1983), al precisar:

Reiteramos que respetamos las sanas ‘intenciones’ del Gobierno pero no podemos dejar de preocuparnos al saber, por experiencia de muchos años, que una defectuosa legislación penal, una incompleta y poco sistematizada complementación de un Código Penal, tan solo sirve para hacer perder fuerza a otras figuras ya tipificadas, para desarticular la sistemática que obviamente debe inspirar todo el ordenamiento punitivo y, como obvio corolario, para abrir las puertas de la impunidad. Lo anterior, que es predecible de cualquier comportamiento considerado como digno de sanción penal, se hace palpable en el arduo campo del dominado Derecho Penal Económico [y concluye el ilustre penalista] Y en el caso que ahora nos inquieta, si realizamos un estudio de los fenómenos que motivaron la enérgica reacción del Gobierno y las específicas normas penales que se estructuraron –independientemente de la buena fe o mala técnica legislativa desde el punto de vista formal–, concluiremos que muy lejos estuvo el excepcional creador de leyes de suministrar un armónico, eficiente y coherente material normativo para frenar la corrupción financiera que vive el país. (p. 309).

Las normas penales consagradas en el Decreto Legislativo 2920 de 1982, fueron luego recogidas en los mismos términos por el Decreto 1730 de

1991, en los artículos 1.7.1.1.1; 1.7.1.1.2 y 1.7.1.1.3 y más tarde migraron al nuevo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenido en el Decreto 663 de 1993 (art. 208). Actualmente están incorporadas en el Código Penal (Ley 599 de 2000; arts. 314; 315 y 316).

b) Los delitos contra el sistema financiero en el Código Penal del año 2000

Por medio de la Ley 599 del año 2000 se dictó el Código Penal, cuya vigencia inició el 25 de julio del 2001, el cual procuró especialmente armonizar las normas penales con los mandatos de la Constitución de 1991, a la par de recoger todas las disposiciones que se encontraban dispersas en normas extrapenales, como el caso de los delitos aquí analizados. En el título X de la nueva cartilla de penas, denominado “Delitos contra el orden económico social”, como capítulo segundo se incluyeron “los delitos contra el sistema financiero” y en él se ubicaron, en los artículos 314, 315 y 316, los punibles de: “utilización indebida de fondos captado del público”; “operaciones no autorizadas con accionistas o asociados” y “captación masiva y habitual de dineros”, con ligeras modificaciones de la descripción utilizada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Asimismo, se incorporó un nuevo delito financiero que se bautizó como la “manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios”, el cual nuestro juicio se trata de un punible de agiotaje. La inclusión de este nuevo ilícito en el capítulo comentado tiene el siguiente antecedente:

El 26 de mayo de 1999 un ciudadano envió, desde la ciudad de Buenaventura, un mensaje anónimo por la Internet a un número considerable de usurarios en que afirmaba: “Existe un fuerte rumor de intervención a Davivienda, si tiene alguna relación con dicha entidad tome alguna decisión pronta. Un amigo”. La mendaz afirmación condujo a que en un solo día los ahorradores de Davivienda retiraran una suma superior a 34 mil millones de pesos. La solidez y seriedad de la entidad afectada y la decidida actuación del Banco de la República, la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras evitaron una corrida de depósitos de insospechadas consecuencias.

La situación comentada generó gran preocupación, pues al revisar las normas aplicables al caso se advirtió que, en razón a que la finalidad del causante del rumor no era la de hacer subir o bajar el precio de las acciones y valores, ingrediente subjetivo que exigía el entonces vigente artículo 232 del Código Penal que sancionaba el delito de pánico económico, la conducta era atípica, como en efecto lo declaró más tarde el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura al absolver al procesado. De esta forma, en el Congreso de la República se propuso y así se aprobó, escindir el tipo penal de pánico económico del antiguo Código Penal para crear tres nuevas figuras: el agiotaje (art. 301); el pánico económico (art. 302) y la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios (art. 317), conducta que repetimos no es más que un agiotaje, pero que por insistencia del entonces Superintendente de Valores se consagró como un tipo penal autónomo.

La descripción de los tipos consagrados en el Código Penal del año 2000, son del siguiente tenor:

Art. 314. Utilización indebida de fondos captados del público. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria y de Valores⁴ de economía solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedad, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 315. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁴ Debe leerse Superintendencia Financiera, pues por mandato del Decreto 4327 de 2005, se fusionaron en esta entidad las Superintendencias Bancaria y de Valores.

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.

Art. 316. Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de dos a seis años.

Art. 317. Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios. El que realice transacciones, con intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores y Emisores o efectúe maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización de los mismos incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará hasta en la mitad si, como consecuencia de la conducta anterior, se produjere el resultado previsto.

4) Evolución de los delitos financieros en Colombia

A partir del Código Penal del año 2000, puede afirmarse que el único tipo penal de contenido financiero que ha tenido modificaciones es el relacionado con la captación masiva y habitual de dineros, toda vez que el afán de lucro de algunos ciudadanos y la avilantez de otros han generado repetidas y cuantiosas defraudaciones que impulsan al Gobierno a incrementar las penas, en el equivocado criterio de que así se puede evitar estos ilícitos. De otra parte, se han imaginado otras formas de combatir esta delincuencia, como ampliar el espectro de los sujetos activos y tipificar además el no reintegro de los dineros apropiados ilícitamente.

a) Otra vez la emergencia económica (social) para sancionar conductas financieras

Ante la estrepitosa caída de la pirámide DRFE (dinero rápido, fácil y efectivo), y la intervención de la firma DMG, emporio que David Murcia Guzmán construyó de la nada y que en seis años captó 4.8 billones de pesos (*El Tiempo*, 2009, 6 de agosto, p. 1-5), el Gobierno, en forma tardía, decidió intervenir para conjurar la grave crisis, al acudir, como lo había hecho en 1982, a la figura de la emergencia social, consagrada en la Constitución Política de 1991, en el artículo 215. De esta forma, el Gobierno dictó el Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, “Por medio del cual declara el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, por el término de treinta días”.

En desarrollo de la emergencia económica, el Ejecutivo profirió el Decreto 4336 de 17 de noviembre de 2008, en el cual se modifica el artículo 316 del Código Penal –Captación masiva y habitual de dineros– y se adiciona el artículo 316 A, a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), para sancionar a los captadores ilegales que no reintegren a sus clientes los dineros que indebidamente han recibido de ellos. De esta forma, los artículos fueron redactados en los siguientes términos:

Art. 316. Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa de hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para tales fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.

Art. 316 A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. Los Fiscales que conozcan de los procesos que correspondan a este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados del público antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en aras de procurar la devolución de los recursos

La Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-224 de 2009, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, declaró exequibles los artículos 1 y 2 del Decreto 4336 de 2008 que contiene las normas citadas en precedencia, con la observación de que solo podrían tener vigencia por el término de un año. Asimismo, en cuanto al parágrafo segundo del artículo 316 A, declaró inexecutable la expresión “antes de la vigencia de esta norma”, pues en criterio de la Alta Corporación:

El legislador excepcional otorgó la posibilidad de aplicar de manera preferente el principio de oportunidad sobre este nuevo tipo penal a situaciones acaecidas antes de la vigencia de esta norma, lo cual para la Corte resulta violatorio del principio de legalidad (art. 29 Superior) al conferir efectos retroactivos de la aplicación del principio sobre conductas que para ese entonces no resultaba penalizada.

Los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva, y Nilson Pinilla Pinilla salvaron su voto en esta decisión. El doctor Pinilla consideró que la Constitución Política no establece ninguna restricción temporal para los Decretos dictados en desarrollo de la emergencia económica, social y ecológica, como equivocadamente lo entendió la mayoría de la Corporación.

b) La captación masiva y habitual de dineros en la Ley 1357 de 2009

Ante el perentorio término de vigencia de las normas de excepción establecido por la Corte Constitucional, el Gobierno urgió al Congreso para revivir el proyecto de Ley 154 de 2008, presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y que ningún interés había despertado en los legisladores, al punto que estaba archivado en la Comisión Primera del Senado. En esta propuesta solo se aumentaba considerablemente la pena para los captado-

res ilegales y se creaba la figura del no reintegro de los dineros objeto de la captación no autorizada. Empero, aprovechando que la nueva redacción del artículo 316 en el Decreto de Emergencia Económica Social había superado la prueba de constitucionalidad, lo redactó en los mismos términos de esta norma y en cuanto al tipo penal de no reintegro corrigió el error que le había advertido el Tribunal Constitucional.

De esta forma, las normas contenidas en la Ley 1357 de 2009, por medio de la cual se modifica el artículo 316 del Estatuto de Penas y se adiciona el artículo 316 A, son del siguiente tenor:

Art. 316. Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.

Art. 316 A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5) Breve análisis dogmático de los delitos financieros

En este apartado destacaremos algunos aspectos centrales de cada uno de los delitos a que se refiere el presente escrito.

a) El delito de utilización indebida de fondos captados de público

Esta conducta, sancionada hasta 1982 únicamente por vía administrativa⁵, consiste en que un sujeto activo calificado (director⁶, administrador⁷, representante legal⁸ o funcionario⁹), vinculado a una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera¹⁰, o de la Economía Solidaria¹¹, destine (verbo rector), sin autorización legal (ingrediente normativo), los recursos captados del público a operaciones dirigidas a obtener el control de entidades sujetas a la vigilancia de las superintendencias mencionadas en precedencia (ingrediente subjetivo).

Se trata de un tipo penal de peligro, pues *destinar*, de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* (2014), significa: “ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto. Por lo afirmado, no sería posible la tentativa y el tipo penal se agotaría con la sola aprobación de la operación.

⁵ El Decreto 2388 de 1976 y el Decreto 3604 de 1981 sancionaban con multa a las entidades controladas por la Superintendencia Bancaria, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, por utilizar los fondos provenientes del ahorro privado para adquirir el control de otra empresa de cualquier especie.

⁶ Los directores, de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 45 de 1923, son los miembros de junta directiva.

⁷ En palabras de Luis Carlos Pérez (1985), son “Los que desarrollan los planes ordenados por los directores” (p. 215.). De acuerdo con lo ordenado por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995: “Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

⁸ Son aquellos que, en virtud de la Ley o los estatutos de la entidad, la representan judicial o extrajudicialmente.

⁹ Son aquellos que, por razón de sus funciones, la entidad los reconoce como tales, para lo cual se debe acudir a sus estatutos o a los manuales internos (Hernández Quintero, 2015).

¹⁰ Por mandato del Decreto 4327 de 2005, se fusionaron la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores en la Superintendencia Financiera.

¹¹ Fue creada por la Ley 454 de 1998.

Por ejemplo, si antes de que se produzca el desembolso de los recursos, una visita de la Superfinanciera detecta e impide tal operación, el punible ya se ha perfeccionado.

El bien jurídico tutelado en esta conducta punible, al igual que en todos los delitos contra el sistema financiero, lo constituye el orden económico social, el cual tutela la organización del Estado intervencionista en procura del bien común, criterio que se desprende de los mandatos constitucionales de los artículos 333 y 334 de nuestra Carta Política.

El objeto material en este evento es real, integrado por los fondos captados del público, que son indebidamente utilizados para lograr el control de otras entidades.

La mayor dificultad que puede encontrarse en la aplicación de esta norma guarda relación con el ingrediente normativo “sin autorización legal”, toda vez que esta expresión requiere una interpretación de carácter jurídico. En principio, debe señalarse que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), autoriza en su artículo 7 literal e, que los establecimientos bancarios otorguen créditos, incluidos préstamos para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones. En el mismo estatuto, en el literal c del artículo 10 se prohibía esta práctica cuando se trataba de poner a cualquier persona en capacidad de adquirir acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de la propia entidad o de cualquier institución financiera o entidad aseguradora. Sin embargo, esta última disposición fue derogada por el artículo 101 de la Ley 1328 de 2009. Empero, a nuestro juicio, está vigente el artículo 2 del Decreto 1099 de 3 de abril de 2007, que prohíbe expresamente a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia realizar estas operaciones tendientes a facilitar la adquisición del control de otras sociedades o asociaciones cuando utilicen recursos captados del público.

Es factible que el comportamiento delictual analizado concorra con los delitos de falsedad, estafa, concierto para delinquir, cohecho y con la manipulación de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (Hernández, 2015, pp.451-452).

b) El delito de operaciones no autorizadas con accionistas o asociados

Nos referimos en este aparte al delito denominado *operaciones no autorizadas con accionistas o asociados*, figura conocida también como *concentración de crédito*, descripción típica que sanciona los comportamientos relacionados con los autopréstamos en el sistema financiero. Su antecedente mediato podemos encontrarlo en las recomendaciones que Hugh McCulloch, interventor de la moneda en los Estados Unidos, diera a los banqueros en 1863. Entre otros consejos, señalaba: “distribuye sus créditos en lugar de concentrarlos en unas pocas manos. Los créditos elevados concedidos a una firma o a un individuo únicos, aunque pueden ser en ocasiones lícitos y necesarios, son generalmente poco juiciosos y frecuentemente inseguros”. Su antecedente inmediato aparece en el Decreto 3604 de 1981, artículos 4, 7 Y 10, que prohibían a la entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria conceder préstamos a las personas naturales o jurídicas que llegaran a poseer o adquirir el ejercicio anual, una participación superior al 10% de las acciones de dicha entidad¹². Empero, como tales normas administrativas no fueron suficientes para controlar el afán de lucro de algunos banqueros que utilizaron indebidamente estos créditos, el legislador extraordinario de 1982 erigió este comportamiento como delictual, en similares términos a como hoy está tipificado en el artículo 315 del Código Penal Colombiano.

La figura consiste en que un sujeto activo calificado (director, administrador, representante legal o funcionario), de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera¹³ o de Economía Solidaria que, otorgue crédi-

¹² Hoy se sanciona con multa del doble de la infracción a las entidades que incurran en este comportamiento, en forma independiente de la sanción a la persona que los autoriza y de la responsabilidad penal en que incurran (art. 122 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 36 de la Ley 795 de 2003).

¹³ Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera se encuentran reseñadas en el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por la Ley 795 de 2003, artículo 71.

tos¹⁴ o efectúe descuentos¹⁵ (tipo penal compuesto), en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas¹⁶ o asociados¹⁷ de la propia entidad (ingrediente normativo), por encima de las autorizaciones legales (ingrediente normativo). Curiosamente, el beneficiario del crédito o del descuento, adquiere también la calidad de sujeto activo del delito.

Es necesario advertir que uno de los derechos de los accionistas de una entidad financiera y de los asociados de una cooperativa, es obtener créditos para satisfacer sus necesidades o propósitos empresariales, académicos o de simple esparcimiento. Lo que sanciona el derecho penal en el artículo 315 es que esos créditos superen los límites que el legislador ha establecido y puedan exponer a los demás accionistas a una contingencia negativa en los negocios del accionista-deudor, a la vez que se desconoce el sano propósito del artículo 335 de la Carta Política de promover la democratización del crédito.

En razón a los verbos rectores que se utilizan en el tipo penal, esto es, *otorgar* créditos y *efectuar* descuentos, podemos afirmar que se trata de un tipo penal de peligro en el primer caso, pues bastaría con conceder algo que se solicita; mientras que en la segunda hipótesis se trata de un tipo penal de resultado, pues el efectuar impone: poner por obra, ejecutar una cosa.

¹⁴ El artículo 1400 del Código de Comercio precisa que “se entiende por apertura de crédito, el acuerdo en virtud del cual un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona sumas de dinero, dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado. Si no se expresa la duración del contrato, se tendrá por celebrado a término indefinido”.

¹⁵ En esencia, consiste en obtener anticipadamente el valor de un título de crédito a cargo de un tercero, mediante la transmisión del título por medio del endoso. El banco descontante o descontado, descuenta del valor nominal del título el precio de la operación, que es el que resulta de deducir del mismo la tasa del descuento y, a veces, una comisión por gastos (Bauche, 1974, p. 231)

¹⁶ El accionista es aquella persona titular de acciones de la entidad financiera o de seguros vigilada por la superintendencia financiera.

¹⁷ El asociado es la persona vinculada a una cooperativa, en los términos establecidos por los artículos 21 y 22 de la Ley 79 de 1988.

Asimismo, estamos frente a un tipo penal en blanco porque es necesario establecer cuáles son las normas que señalan los límites de crédito a que tiene derecho el accionista o asociado y los descuentos que autoriza la normatividad jurídica (ingredientes normativos). A pesar de ser disposiciones que cambian con alguna regularidad, al día de hoy la norma vigente para el sector financiero es el Decreto 2555 de 2010, que establece como límite máximo para los accionistas un 20 % del patrimonio técnico de la entidad¹⁸, cuando estos tengan una participación, directa o indirecta, en su capital igual o superior a dicho porcentaje. Para los demás accionistas, será del 10 % del patrimonio técnico cuando la única garantía de la operación es el patrimonio del deudor o, de un 25 % cuando se cuenta con garantías admisibles suficientes para amparar el riesgo que exceda del 5 % de dicho patrimonio.

Para las cooperativas, el Decreto 1840 de 21 de julio de 1997, en su artículo 14 estableció el límite del cupo de crédito en un diez por ciento del patrimonio técnico¹⁹ de la entidad, si la única garantía de la operación es el patrimonio del deudor. Cuando se cuente con garantías o seguridades admisibles suficientes, las operaciones podrán alcanzar hasta el quince por ciento del patrimonio técnico.

c) El delito de captación masiva y habitual de dineros

Sin lugar a dudas este comportamiento es el que se repite con mayor frecuencia en nuestro país desde 1841 cuando se presentó la quiebra del “Grupo Landinez” hasta nuestros días cuando se detectó las pirámides de DMG (David Murcia Guzmán) y DRFE (dinero rápido, fácil y efectivo), que afectaron a millares de incautos “ahorradores” y llevaron al Gobierno a decre-

¹⁸ El patrimonio técnico de la entidad financiera, de acuerdo con el artículo 2.1.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, lo constituye la suma del capital básico más el capital adicional (los conceptos que conforman estos criterios se encuentran en los artículos 2.1.1.1.5 y 2.1.1.1.7 del Decreto 2555 de 2010).

¹⁹ El patrimonio técnico de las cooperativas, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 1840 de 1997, se establece con base en la aplicación del patrimonio básico, las deducciones del patrimonio básico, y el patrimonio adicional, conceptos que se definen en el mismo decreto.

tar la emergencia social que permitió reformar las normas sobre captación masiva y habitual de dineros²⁰.

El comportamiento delictual que se reseñó por primera vez en el Decreto 2920 de 1982, se encontraba sancionado administrativamente por el artículo 12 del Decreto 1970 de 1979, con multas hasta de quinientos mil pesos aplicables al infractor o a los representantes de las entidades que realizaran el comportamiento sin la autorización de la Superintendencia Bancaria.

El profesor Bernardo Gaitán Mahecha (1985), resume con sapiencia las razones para la inclusión en la cartilla de penas de este comportamiento. Afirma el connotado tratadista:

Se habían afectado los intereses colectivos con el manejo que se le estaba dando, por ejemplo, a la facultad privada de recibir a título de mutuo con intereses dineros que aparentemente daban ganancia extraordinaria al inversionista, lo ponían al cubierto del régimen tributario, pero no le aseguraban restitución, ni indemnización en caso de falencia [...] Nos habíamos acostumbrado a un manejo holgado y libre de las normas sobre control, en el manejo financiero, sin que se siguieran consecuencias demasiado graves.

Y concluye el autor:

La experiencia demuestra que estas actividades han llevado en más de una ocasión a la pérdida de los dineros por parte de los ahorradores, dado que los responsables de las actividades de captación, operan como verdaderos piratas de la economía financiera, sin riesgo mayor que el incumplimiento de obligaciones civiles, y sin que sus actos verdaderamente sean estafas, dado que obran de buena fe, pero sometiendo a los inversionistas a consecuencias imprevisibles por el manejo suelto y sin control de fuertes economías monetarias. (pp. 15-17).

En el Decreto 2920 la norma fue redactada en forma muy sencilla y práctica. Se señaló que “quien capte dineros del público en forma masiva y habi-

tual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años”.

Con todo, cuando se judicializaron los primeros casos apareció la inquietud de qué debía entenderse por captar en forma *masiva y habitual*. Para llenar este tipo penal en blanco, el legislador dictó inicialmente el Decreto 3227 de 1982, en el que señalaba las condiciones para que se pudiera concretar el comportamiento. Empero, la habilidad de los “banqueros de hecho”, llevó a nuevas prácticas que tornaban en ineficaz la norma, razón por la cual el Gobierno profirió el Decreto 1981 de 1988, donde se corregían, parcialmente, los vacíos de la norma que complementa el tipo penal.

De acuerdo con el Oficio 93063173-5 de julio de 1984 de la Superintendencia Bancaria (hoy Superfinanciera), conforme a las normas citadas, una persona natural o jurídica capta recursos del público en forma masiva y habitual, en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando conjunta o separadamente haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, o la visita o en un plazo convenido y contra reembolso de un precio.

²⁰ Una historia completa sobre las diferentes pirámides que se han detectado en el país puede consultarse en el libro de nuestra autoría: *Los delitos económicos en la actividad financiera*, (Hernández Quintero, 2015, pp. 505-511).

Para determinar el período de los (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

En cualquiera de los casos señalados, debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

- a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona, o
- b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

No obstante lo anterior, no tendrían el carácter (sic) captación masiva y habitual del público, aun cuando concurrieren las situaciones antes señaladas, las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%).

Como se anotó ya en este trabajo, en la Ley 1357 de 2009, se siguió de cerca la descripción del delito de captación masiva y habitual del Decreto 4336 de 2008, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional. De tal forma, el artículo 316 amplió la posibilidad de ser sujeto activo de dicho delito, alcanzando la responsabilidad penal en esta categoría dogmática no solo al captador, sino a quien promueva, patrocine, induzca, financie o colabore con esa actividad. De alguna manera, identifica al autor material con los partícipes, lo que genera grandes dificultades para establecer la calidad en la que se interviene en el punible; podría decirse que regresamos al concepto unitario de autor que se creía desterrado de nuestro ordenamiento penal.

Otra modificación de la norma se encuentra en el aumento considerable de la consecuencia punitiva, con el objeto de impedir la excarcelación de sus responsables o que los mismos alcancen el beneficio de la prisión do-

miciliaria. Así, se pasa de una pena mínima de treinta y dos meses a ciento veinte meses, y de una sanción máxima de ciento ocho meses a doscientos cuarenta meses. Asimismo, esta pena se aumentará hasta en una cuarta parte cuando se utilicen medios de comunicación para alcanzar los fines que se busca combatir.

En este tipo penal de peligro se sanciona a las personas que desarrollen uno cualquiera de los verbos rectores (desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, colaborar, o realizar cualquier otro acto) con el fin de captar dinero del público en forma masiva y habitual. Se supone que el tipo penal en blanco se llena con el Decreto 3227 de 1982 y el Decreto 1981 de 1988, que ya se comentaron en apartados previos. Sin embargo, hemos venido planteando la duda sobre esta consideración, pues es claro que esos decretos afirman que “para los efectos del Decreto 2920 de 1982 se considera que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos...”. Es claro, además, que el Decreto 2920 de 1982 fue derogado con la expedición de la Ley 599 de 2000 (Código Penal en vigencia).

La descripción típica analizada cuenta con un ingrediente normativo (sin contar con la previa autorización de la autoridad competente) que es prudente analizar. En efecto, en razón a la necesidad de que los dineros del público cuenten con una adecuada protección y sirvan para promover la economía, el constituyente de 1991 señaló en el artículo 335 de la Carta que:

Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a los que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

Sobre el tema en estudio se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-860 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. En ella expresó el alto tribunal:

Desde la anterior perspectiva, las actividades bancarias, bursátil, aseguradora o cualquier otra vinculada con la captación de recursos de los inver-

sionistas o ahorradores se encuentran sometidas a un régimen estricto de intervención del Estado, en el sentido de requerir autorizaciones previas para su funcionamiento, e igualmente, son constantemente vigiladas y controladas por organismos gubernamentales de carácter técnico, llamados a ejercer funciones de policía administrativa, como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia, con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos en especial relacionados con el lavado de activos y proteger los intereses de terceros de buena fe que puedan resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas.

Como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia en casación del 15 de noviembre de 2005, con ponencia del doctor Edgar Lombana Trujillo, el delito de captación masiva y habitual de dineros, por ser de mera conducta, puede concurrir con el punible de estafa cuando se logra la apropiación de los dineros de los ahorradores.

También puede sostenerse que el delito en estudio constituye un delito masa, toda vez que se trata de una especie del delito continuado que afecta a una masa de ciudadanos, es decir, tiene un sujeto pasivo plural (Velásquez, 2008, p. 67). De modo que, conforme a los mandatos del artículo 31 del Código Penal, la pena se incrementa en una tercera parte.

d) El delito de no reintegro de dineros captados del público

Con el fin de presionar la devolución de los dineros captados en forma ilícita, el legislador de emergencia del año 2008 creó el tipo penal de no reintegro de dichos recursos, figura que se incorporó luego a la Ley 1375 de 2009 que adicionó al Código penal el artículo 316 A. La disposición es del siguiente tenor:

Art. 316 A. Independientemente de las sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180)

meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A pesar de en el tipo penal que se habla de *el sujeto activo del delito de captación masiva y habitual*, es decir, el que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie o colabore en la captación masiva, es claro que esta disposición solo alcanza a quien realmente reciba los dineros del público.

La ineficacia de esta medida por vía penal se evidencia en los informes sobre la recuperación de dineros que captaron ilegalmente las firmas DMG, Costa Caribe y DRFE, que ascendieron a 2.1 billones y de los cuales apenas se han recuperado 102 mil millones de DMG, 87 mil millones de Costa Caribe y 170 mil millones de DRFE (*El Tiempo*, lunes 24 de enero de 2011, p. 4).

Se trata de un tipo penal de ejecución permanente, lo cual significa que se realiza mientras se tiene en su poder el dinero ilícitamente captado y la prescripción se contará a partir de la devolución de los recursos. Asimismo, quien no reintegre los dineros incurre en un concurso heterogéneo sucesivo entre los punibles de captación masiva y habitual de dineros y el no reintegro de los dineros captados (arts. 316 y 316 A).

Conforme con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, se trata de un tipo penal autónomo, que se puede concretar aun sin que exista sentencia condenatoria por el delito de captación masiva y habitual. Esta posición la dejó sentada la alta corporación en Sentencia del 5 de agosto de 2014, con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar, al señalar:

Ese nuevo tipo penal, no se discute, es autónomo. Se configura a condición de que el sujeto agente, de quien no se exige ninguna calidad especial, haya captado recursos del público y omitido su reintegro. No es supuesto de su estructuración una condena previa del autor por la conducta punible de captación masiva y habitual de dinero contemplada en el artículo 316 del Código Penal. Por tanto, con independencia de que se le sancione o por la captación, como se expresa en el artículo 316 A, basta que lo haya hecho y dejado de reembolsar los recursos para incurrir en la conducta punible.

Como lo expresamos desde el momento en que se creó la norma por el legislador de emergencia, consideramos una gran equivocación la consagración de esta nueva figura, pues debió más bien ubicarse como una circunstancia de menor punibilidad. En efecto, tendría mejor efecto, a nuestro juicio, el estímulo de recibir una disminución en su sanción penal para quien reintegre los dineros.

e) El delito de manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios

Esta figura estaba consagrada como una de las modalidades de pánico económico en el artículo 232 del Código Penal de 1980. Al escindirse este tipo penal en el Estatuto Punitivo del año 2000, para dar vida a los delitos de agiotaje del artículo 301 y pánico económico del artículo 302, por sugerencia del entonces superintendente de Valores, se creó el nuevo tipo penal de manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores, que, sin duda alguna, se trata de una forma de agiotaje y que bien había podido integrarse a este comportamiento.

En la forma como está redactado el comportamiento, se trata de un tipo penal compuesto, con el que se pretende sancionar dos conductas alternativas: el realizar transacciones con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de una determinada acción²¹, valor²², o instrumento²³ inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios²⁴ (in-

²¹ La acción puede definirse diciendo que es el documento que incorpora el derecho de su tenedor legítimo a reclamar de la sociedad el estatus de accionista. Este estatus comprende la posibilidad de participar en el gobierno de la sociedad y esa participación la concreta el artículo 379 del Código de Comercio. (Rengifo, 1984, p. 290).

²² Comprende los tradicionales bonos y acciones, las aceptaciones bancarias, metales y divisas extranjeras (Cifuentes, 1985, p. 99)

²³ Es equivalente a título valor o acción que permite concretar un derecho (Hernández, 2015, p. 567)

²⁴ Hoy Registro Nacional de Valores y Emisores (art. 75, Ley 964 de 2005).

gredientes normativos) o, efectuar maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización de los mismos (ingrediente subjetivo).

En el primer comportamiento descrito se quiere sancionar a la persona que engañe a los inversionistas con la idea de la fácil negociabilidad de las acciones, valores o instrumentos. Como lo advierte un estudioso del tema: “Liquidez de un valor es la posibilidad de vender un activo en grandes cantidades, sin afectar sustancialmente el precio de manera rápida” (Jiménez Jiménez, 2012, p. 33).

En la segunda parte de la norma se pretende sancionar al que efectúe maniobras fraudulentas (ingrediente normativo), con la intención de alterar (ingrediente subjetivo) la cotización de la acción, valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (ingredientes normativos). Realizar maniobra fraudulenta es toda operación engañosa en el manejo de un asunto (Ortiz Rodríguez, 1983, p. 328).

En los dos eventos que alternativamente consagra la norma, estamos frente a un tipo penal de peligro, toda vez que basta que se realicen o efectúen las transacciones o las maniobras fraudulentas con el avieso propósito señalado en el tipo penal, sin que se exija que el resultado efectivamente se produzca, es decir que no es necesario que el sujeto agente logre la apariencia de liquidez o la alteración de la cotización de la acción, valor o instrumento. Desde luego, lo que sí es requisito indispensable para la concreción del punible es que las transacciones o las maniobras fraudulentas se realicen con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez o de alterar la cotización de la acción, valor o instrumento que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (ingrediente subjetivo del tipo).

6) El futuro de los delitos financieros en Colombia

El recorrido que hemos efectuado en este artículo sobre los antecedentes y la evolución de los delitos financieros en Colombia permite concluir, sin mayor esfuerzo, que nuestro país ha estado a la vanguardia de la legislación

en esta materia, quizá por la necesidad de salirle al paso a la capacidad delictual de nuestros compatriotas y al ingenio mal utilizado, pero con normas de coyuntura que generalmente tienen su inspiración en el “populismo delictivo”. Por eso, la experiencia ha evidenciado la necesidad de ajustar la descripción de algunos de los tipos para lograr una mejor aprehensión del fenómeno, a la par de la urgente reubicación de algunos comportamientos que, siendo de carácter financiero, se encuentran equivocadamente en otros títulos del Estatuto Penal.

Así, como ya lo hemos propuesto en otras contribuciones²⁵, sugerimos las siguientes modificaciones al capítulo II, del título X del Código Penal:

a) Cambios en la denominación del capítulo “Delitos contra el sistema financiero”

En primer lugar, es prudente el cambio en la denominación del capítulo para bautizarlo como: *Delitos contra el sistema financiero, el mercado bursátil y el ahorro privado*. De esta forma se atiende mejor al propósito de una legislación que proteja la estabilidad del sistema financiero pero que también resguarde el interés de los inversionistas y los ahorradores.

b) Modificaciones en la redacción de algunos tipos penales financieros

i) Utilización indebida de fondos captados del público

En cuanto al delito de utilización indebida de fondos captados del público, debe eliminarse la expresión “sin autorización legal” (ingrediente normativo), pues es necesario dejar sentado que por ninguna circunstancia los recursos del público pueden ser destinados para adquirir el control o parte de otra sociedad. Los dineros de los ahorradores son sagrados y ellos tienen

²⁵ Sobre el tema disertamos en el año 2012, en las XXXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia, en la conferencia “¿Existe una política criminal en los delitos financieros?”

el derecho a disponer de los mismos cuando lo consideren pertinente, sin correr el riesgo que por una inversión de los administradores de la entidad financiera o cooperativa se vean privados de este derecho.

Asimismo, debe remplazarse el ingrediente subjetivo: “a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias”, por la expresión *en operaciones dirigidas a adquirir acciones en entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias*. Si se revisa detenidamente el propósito de la disposición, se advierte que su objetivo no es el de sancionar el monopolio sino la abusiva utilización de los recursos de los ahorradores para poseer un mayor poder económico. Tal como está diseñada la norma, es necesario que el sujeto calificado oriente su comportamiento a lograr el control de otra entidad, luego, si el fin no es ese, la arbitraria utilización de los fondos del público sería impune, sin que pueda negarse que se afecta el patrimonio de los ahorradores, con lo que se genera una pérdida de confianza en el sector financiero o cooperativo.

Por lo tanto, proponemos la siguiente redacción de la norma: Art. 314. *Utilización indebida de fondos captados del público*. El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria que utilice fondos captados del público en operaciones dirigidas a adquirir acciones en entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias o de otras sociedades, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) meses a setenta y dos (72) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ii) Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados

Este tipo penal debe redactarse de tal manera que amenace pena para el miembro de junta directiva, administrador, representante legal o funcionario que *otorgue crédito por encima de las autorizaciones legales o efectúe descuentos por debajo de las autorizaciones legales*. Lo anterior, en razón a que lo que se persigue en la segunda conducta es sancionar a los sujetos calificados que benefician a los accionistas o asociados de la entidad, cobrándoles un menor descuento del que señalen las normas administrativas, en

un claro favorecimiento que lesiona los intereses de los demás accionistas o asociados y somete a la entidad al riesgo de una pérdida.

La redacción del ilícito sería entonces: Art. 315. *Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados*. El miembro de junta directiva, administrador, representante legal o empleado de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados, desconociendo los límites legales, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) meses a setenta y dos (72) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.

iii) El ejercicio ilegal de la actividad financiera

En razón a la confusa redacción que realizó el legislador de emergencia del delito de captación masiva y habitual, en la que, como se señaló en apartes anteriores, se vincula como autores a sujetos que bien pueden actuar como partícipes (determinadores o cómplices) y, de otra parte, ante la dificultad para aplicar los decretos que llenan este tipo penal en blanco, sobre cuya vigencia hemos manifestado nuestra inquietud, proponemos una nueva estructura. En el nuevo modelo propuesto tienen cabida, además de la captación de dineros sin autorización legal, otros comportamientos que requiere autorización estatal y que pueden afectar el normal desarrollo de la actividad financiera del país.

Asimismo, para estimular el reintegro de los dineros captados ilegalmente, proponemos una circunstancia específica de disminución punitiva, que puede ser hasta de un cincuenta por ciento de la pena a imponer, cuando la devolución de los recursos, con los intereses causados, se produzca antes de la sentencia de primera instancia. En forma consecuente, desaparecería el actual artículo 316 A.

De esta forma, la norma propuesta sería: Art. 316. *Ejercicio ilegal de la actividad financiera y bursátil*. Quien realice operaciones propias de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y de la Economía Solidaria, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (12) meses a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de captación de recursos del público y el agente, por sí o por tercera persona, antes de dictarse sentencia condenatoria, reintegrare los dineros con sus intereses, la pena se disminuirá en la mitad

iv) Las manipulaciones bursátiles

Por considerar que realizar transacciones con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores no es más que una maniobra para alterar el precio de esos títulos, proponemos unificar en una sola conducta este tipo penal, en los siguientes términos: Art. 317. *Manipulaciones bursátiles*. El que realice maniobra fraudulenta con la intención de alterar la cotización de acción, valor o instrumento inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores incurrirá en prisión de treinta y seis (36) meses a setena y dos (72) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

c) Reubicación de tipos penales

En vista de que, a nuestro juicio, los delitos de pánico económico y la utilización indebida de información privilegiada se encuentran indebidamente ubicados en el Código Penal, proponemos su traslado al capítulo que hemos denominado *Delitos contra el sistema financiero, el mercado bursátil y el ahorro*.

i) El delito de pánico financiero

Cuando se analizan los antecedentes del delito de pánico económico en el Código del año 2000, se concluye que lo originó el retiro masivo de dineros de una entidad financiera, conducta que no pudo ser sancionada por la forma como la conducta se encontraba tipificada en el Estatuto Penal de 1980. En consecuencia, el delito se asimila a lo que algunos llaman la “corrida de depósitos” y que legislaciones como la peruana y la ecuatoriana han regulado como pánico financiero. Por lo expresado en precedencia recomendamos crear un tipo penal expreso sobre el tema en los siguientes términos:

Art. ... *Pánico financiero*. El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación pública información falsa o inexacta que provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución vigilada por las Superintendencias Financiera y de la Economía Solidaria incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de treinta y seis (36) meses a setenta y dos (72) meses y multa de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ii) El delito de utilización indebida de información privilegiada

En el inciso segundo del artículo 258 del Código Penal se sanciona como un delito contra el patrimonio económico, a título de defraudación, utilizar información conocida por razón de la profesión u oficio para obtener, para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público, es decir, que se trate de información privilegiada²⁶.

El comportamiento reseñado, conocido internacionalmente como *insider trading*, afecta fundamentalmente el mercado de capitales y conspira contra el ahorro, que ahora se presenta también en la inversión en acciones,

²⁶ De acuerdo con el artículo 75 de la Ley 45 de 1990, es “privilegiada aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer al público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente, al negociar los respectivos valores”.

circunstancias que sugieren el traslado de este tipo penal al capítulo de los delitos financieros.

De este modo, se le daría la trascendencia que tiene a este comportamiento que puede generar grave perjuicio a la economía y a los inversionistas, la cual ha sido minimizada al tipificarlo como una mera defraudación, con una modesta pena de prisión²⁷.

El texto del artículo sería el siguiente:

Art. ... El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera o de la Economía Solidaria que utilice información privilegiada para obtener provecho para sí o para un tercero mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores e Inversores, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) meses a setenta y dos (72) meses y multa de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, es necesario señalar que las normas de contenido penal propuestas deben ser acompañadas por la decidida acción estatal para lograr la efectividad de las normas de derecho administrativo sancionador, diseñadas para garantizar la intervención del Estado en la Economía y el orden económico social. De esta forma, el derecho penal conservaría su función de *ultima ratio* y solo intervendría cuando fracasaren esas medidas preventivas.

7) Bibliografía

Bauche Garcidiago, M. (1974). *Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias*, México: Porrúa.

²⁷ El Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) modificó este tipo penal para asignarle una pena de prisión de uno a tres años, pues en el Código Penal del año 2000, se sancionaba con multa.

- Bernal Cuéllar, J. (1985). Conductas delictivas consagradas en el decreto 2920 de 1982. En: *Revista de Derecho Económico*, julio-diciembre 1984. Bogotá: Temis.
- Cancino Moreno, A. J. (1983). *Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Cifuentes Muñoz, E. (1985). *El concepto de valor, reflexiones críticas a la ley del derecho comparado y del derecho colombiano*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Código de Comercio. Decreto 410 de 1971 (27 de marzo). Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 33339 de 16 de junio de 1971.
- Código Penal. Ley 599 de 2000 (24 de julio). Congreso de Colombia. Diario Oficial 44097 de 24 de julio de 2000.
- Constitución Política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional 116 de 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional. Sentencia C-860 de 2006 (18 de octubre). Expediente D-6235. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009 (30 de marzo). Expediente RE-139. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia 85 de 1982 (2 de diciembre), aprobada Acta 77. Proceso 1001 - 113 E. M. P. Ricardo Medina Moyano.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de noviembre de 2005, aprobada Acta 089. Proceso 20487. M. P. Edgar Lombana Trujillo
- Decreto 1970 de 1979 (14 de agosto). Por el cual se modifica el régimen jurídico de las personas que se dedican a las actividades de intermediación financiera. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República. Diario Oficial 35350 de 17 de septiembre de 1979.
- Decreto 100 de 1980 (23 de enero). Código Penal 1980 [Derogado por la Ley 599 de 2000]. Diario Oficial 35461 de 20 de febrero de 1980.
- Decreto 2919 de 1982 (8 de octubre). Por el cual se declara el estado de emergencia económica. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 36120 de 29 de octubre de 1982.
- Decreto 2920 de 1982 (8 de octubre). Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 36120 de 29 de octubre de 1982.
- Decreto 3227 de 1982 (12 de noviembre). Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2920 de 1982. Presidencia de la República. Diario Oficial 36138 de 26 de noviembre de 1982.

- Decreto 1981 de 1988 (26 de septiembre). Por el cual se reglamenta el Decreto 2920 de 1982. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República. Diario Oficial 38514 de 28 de septiembre de 1988.
- Decreto 1730 de 1991 (4 de julio). Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 39889 de 4 de julio de 1991.
- Decreto 663 de 1993 (2 de abril). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Presidencia de la República Diario Oficial 40820 de 5 de abril de 1993.
- Decreto 1840 de 1997 (21 de julio). Por el cual se dictan normas prudenciales para las cooperativas especializadas de ahorro y crédito y las cooperativas multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República. Diario Oficial 43091 de 24 de julio de 1997.
- Decreto 4327 de 2005 (25 de noviembre). Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 46104 de 26 de noviembre de 2005.
- Decreto 1099 de 2007 (3 de abril). Por el cual se dictan disposiciones sobre la utilización o facilitación de recursos captados del público para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de sociedades o asociaciones. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República. Diario Oficial 46590 de 3 de abril de 2007.
- Decreto 4333 de 2008 (17 de noviembre). Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 47176 de 17 de noviembre de 2008.
- Decreto 4336 de 2008 (17 de noviembre). Por el cual se modifica el Código Penal. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 47176 de 17 de noviembre de 2008.
- Decreto 2555 de 2010 (15 de julio). Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Presidencia de la República (Colombia). Diario Oficial 47771 de 15 de julio de 2010.
- Gaitán Mahecha, B. (1985). El régimen penal del decreto 2920. En: *Revista de Derecho Económico*, julio-diciembre 1984, Bogotá: Temis.
- Hernández Quintero, H. (2008). *Los delitos económicos en la actividad financiera* (5.ª ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- Hernández Quintero, H. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera* (7.ª ed.), Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jiménez Jiménez, D. F. (2012). Manipulación fraudulenta de especies inscritas. *In-folafit*, año 4, ed. 36.
- Ley 45 de 1923 (19 de julio). Congreso de Colombia. Diario Oficial 19137 de 6 de agosto de 1923.
- Ley 117 de 1985 (20 de diciembre). Por la cual se crea el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se determina su estructura y se dictan otras disposiciones. Congreso de Colombia. Diario Oficial 37.286 de 23 de diciembre de 1985.
- Ley 79 de 1988 (23 de diciembre). Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa. Congreso de Colombia. Diario Oficial 38648 de 10 de enero de 1989.
- Ley 45 de 1990 (18 de diciembre). Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Congreso de Colombia. Diario Oficial 39607 de 19 de diciembre de 1990.
- Ley 222 de 1995 (diciembre 20). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Congreso de Colombia. Diario Oficial 42156 de 20 de diciembre de 1995.
- Ley 454 de 1998 (4 de agosto). Congreso de Colombia. Diario Oficial 43357 de 6 de agosto 6 de 1998.
- Ley 795 de 2003 (14 de enero). Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Congreso de Colombia. Diario Oficial 45064 de 15 de enero de 2003.
- Ley 964 de 2005 (8 de julio). Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Congreso de Colombia. Diario Oficial 45963 de 8 de julio de 2005.
- Ley 1328 de 2009 (15 de julio). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Congreso de Colombia. Diario Oficial 47411 de 15 de julio de 2009.
- Ley 1357 de 2009 (12 de noviembre). Por la cual se modifica el Código Penal. Congreso de Colombia. Diario Oficial 47531 de 12 de noviembre de 2009.
- Ley 1474 de 2011 (12 de julio). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Congreso de la República. Diario Oficial 48128 de 12 de julio de 2011.

- Ley Orgánica 4 de de 1980 (21 de mayo), de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación [disposición derogada]. Jefatura del Estado (España). Boletín Oficial del Estado 142 de 13 de junio de 1980. BOE-A-1980-11880.
- Ley Orgánica 10 de 1995 (23 de noviembre), del Código Penal. Jefatura del Estado (España). Boletín Oficial del Estado 281 de 24 de noviembre de 1995. BOE-A-1995-25444.
- Martínez Neira, N. H. (1984). *Sistemas financieros*, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Montenegro, A. (1984). La crisis del sector financiero colombiano. En *Ensayos sobre política económica*. Bogotá: Banco de la República.
- Ortega, F. J. (1984). *Ensayos sobre política económica*. Bogotá: Banco de la República.
- Ortiz Rodríguez, A. (1983). *Manual de derecho penal especial*. Colección Universidad de Medellín.
- Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Recuperado de: <http://dle.rae.es/>
- Rengifo, R. *La letra de cambio, el cheque, aspecto comercial y penal, el pagaré, los bonos y obligaciones, las acciones* (3.ª ed.). Bogotá: Colección Pequeño Foro.
- Superintendencia Bancaria. Oficio 93063173-5, julio de 1984.
- Sutherland E. (1969). *El delito de cuello blanco*, Trad. Rosa del Olmo. Universidad Central de Caracas.
- Velásquez V. F. (2008). *Los delitos continuado y masa*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.



Evolución y actualidad de la protección penal de los derechos de autor en Colombia

César Alejandro Osorio Moreno¹

1) Evolución histórica de la protección de la propiedad intelectual en Colombia

A) En la Constitución

En la vida de Colombia como República o desde el proceso de Independencia, puede decirse que han existido realmente dos Constituciones con vocación de permanencia:² la de 1886 y la de 1991; por eso, nos ocupare-

¹ Candidato a Doctor en Derecho penal, Coordinador Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia, director Grupo de Investigación Proceso Penal y Delito. cesar.osoriomo@unaula.edu.co

² Antes de la Constitución de 1886, puede decirse que no existía realmente una Constitución propia y válida para todo el territorio colombiano, o lo que en aquel tiempo lo fuera, pues tenemos varias desagregadas por vastos terri-

mos básicamente de cómo se ha regulado la protección de los derechos de autor y/o propiedad intelectual en estas dos cartas políticas, sin dejar de advertir que en las constituciones previas desde 1810, gestadas en diferentes estados o provincias, había algunas referencias expresas al tema³.

i) En la Constitución Nacional de 1886

Puede decirse que ésta es la primera Constitución colombiana que regula de una manera más clara lo referente a los derechos sobre la propiedad

torios o diferentes provincias, como es el caso de El Bando de Santafé, del 26 de octubre de 1810; posteriormente viene la Constitución de Cundinamarca; posteriormente la Constitución de la república de Tunja de 1812; más adelante la constitución del Estado de Antioquia de 1817; posteriormente la Constitución de la república de Colombia de 1821; la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832; más adelante la Constitución política de la Nueva Granada de 1853; posteriormente la Constitución política para la federación granadina de 1858; a continuación la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863; hasta la Constitución de la república de Colombia de 1886, que, con muchas reformas constitucionales en diferentes materias, tuvo en general una vigencia de 105 años, hasta la nueva Constitución política de Colombia de 1991. Los datos sobre las diferentes Constituciones han sido tomados de: Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, Constituciones de Colombia, cuarta edición, tomos I - IV, biblioteca del Banco Popular, Bogotá, Colombia, 1986.

³ Por ejemplo, la Constitución de 1811 hizo referencia a los inventores cuando determinó que “la ley debe fijar recompensas para los inventores y velar por la conservación de la propiedad exclusiva, por tiempo señalado, de su descubrimiento o de sus producciones”. Si bien guardó silencio en cuanto a la propiedad literaria y artística. En la Constitución de 1858, en el artículo 43 numeral 14, se refiere a la propiedad literaria en forma expresa al otorgarle facultades al Presidente de la Confederación para conceder patentes que garantizaran la propiedad de las producciones literarias, de las invenciones útiles o aplicables a nuevas operaciones industriales o a la perfección de las existentes. Así mismo, la Constitución de Rionegro, de 1863, en su artículo 66 numeral 13, dio atribuciones al Presidente de la Unión para conceder patentes por las cuales se garantizaba, por determinado tiempo, la propiedad de las producciones literarias, de las invenciones útiles aplicables a nuevas operaciones industriales o a la perfección de las existentes. Vid. Rengifo (1996, 23-24) Con respecto a esta última norma de la Constitución de 1863, opino que hoy sería manifiestamente impropio decir que existe patente sobre una producción literaria.

literaria, que constituyen la génesis del derecho de autor y que se reconoce posteriormente como una variedad de la propiedad intelectual; de ahí la importancia que se mencione en este apartado.

En el artículo 35 de la Constitución de 1886 se hace una expresa mención de la protección de la propiedad literaria en los siguientes términos: “Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la Ley” (1980, p.13).

Igualmente, el mismo artículo, en su segundo párrafo, establece la reciprocidad legislativa para los propietarios de obras publicadas en español, en los siguientes términos: “Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras en países de lengua española, siempre que la nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad, y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales” (1980).

ii) En la Constitución Nacional de 1991

La Constitución de 1991 reseña directamente la expresión “propiedad intelectual” bajo el entendido de que no está restringida exclusivamente al tema de los derechos de autor, sino que también abarca el concepto de propiedad industrial, manifestándose en marcas, patentes, modelos de utilidad, diseños, industriales, nombre y reseña comercial⁴.

⁴ En este sentido Barreto y Sarmiento expresan la justificación que adujeron los constituyentes para la utilización del término “propiedad intelectual”: “Los constituyentes adujeron para establecer esta norma que el organismo mundial de la propiedad intelectual, OMPI, define la propiedad intelectual de tal manera que ésta cubija la propiedad industrial, los derechos de autor literarios, artísticos y científicos, los derechos conexos de los artistas, intérpretes de radio y televisión, los desarrollos biotecnológicos de especies vegetales, etc. Por tanto, para no eliminar la protección a ninguna modalidad de trabajo intelectual, los constituyentes expresaron que se debería establecer en la norma la protección a la propiedad intelectual en general, permitiendo a la Ley regular adecuadamente los aspectos patrimonial y moral”. Barreto (1997 p. 272)

En este sentido el artículo 61 de la Constitución establece: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley” (2006, p. 124-2).

Esta perspectiva es desarrollada por la jurisprudencia (Así lo expresa el Magistrado Ponente Simón Rodríguez, en su sentencia de tutela, T-537 de 1992.) según la cual todas las formas de propiedad están protegidas constitucionalmente: la propiedad intelectual, la creatividad del hombre, la producción literaria, artística, económica, científica, investigativa, es decir, todas aquellas manifestaciones culturales que distinguen al ser humano de las demás especies de la creación. (Barreto 1997).

La nueva Constitución, en su artículo 150 numeral 24, atribuye la cláusula general de competencia para “regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y *las otras formas de propiedad intelectual*”⁵ en el Congreso de la República, lo que implica un cambio importante, ya que la tradición era atribuir dicho poder al ejecutivo y, a su vez, al utilizar la expresión “otras formas de propiedad intelectual” reconoce que ésta –la propiedad intelectual– está conformada por la propiedad industrial y los derechos de autor.

Sobre esta nueva base normativa constitucional se han dictado todas las Sentencias de Constitucionalidad⁶ (por demanda o por revisión automática de Tratados) y sentencias de revisión de fallos por acción de tutela, relativas a los derechos de autor como especie de la propiedad intelectual.

⁵ subrayado intencional.

⁶ La Corte Constitucional colombiana también fue creada con la Nueva Constitución de 1991; hasta entonces solo existía una sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, que era el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria.

2) En la ley penal y las leyes especiales de protección de los derechos de autor⁷

A) En el Código Penal de 1890

En el Código Penal del 18 de octubre de 1890 se contemplaba una protección penal contra los delitos de derechos de autor, que eran considerados como delitos contra la propiedad.

El título II, que llevaba por rúbrica la de “Delitos contra la propiedad”, en su capítulo siete nominado “Personas que falsifican o contrahacen obras ajenas o perjudican a la industria de otro”, contenía como artículo único el 860, cuyo tenor era el siguiente: “El que, publicando, contrahaciendo, introduciendo o expendiendo las obras para cuya publicación, producción, expendio o introducción se ha concedido privilegio exclusivo, o haciendo cualquiera otra cosa contra el tenor de un privilegio exclusivo, turbe al que goce del privilegio en su pacífica posesión y goce exclusivo, a más de la pérdida de los objetos o efectos en que consista el delito, sufrirá una multa de ciento a ochocientos pesos”⁸.

Este tipo penal, aunque no hiciera una remisión expresa, debía concordarse con los artículos 63 y siguientes de la ley 32 de 1886 Sobre Propiedad Lite-

⁷ Si bien la pretensión inicial en el esquema de investigación era trabajar de manera separada la protección en la ley penal, de las leyes especiales de carácter civil, en el desarrollo de la misma se advirtió que incluso en algunos periodos el Código Penal no reguló directamente los delitos, sino que los mismos aparecían directamente en la ley especial de carácter civil como un capítulo de la misma; por tanto, se une el tema para no generar confusiones innecesarias en el lector.

⁸ Tomado directamente del Código Penal, impresión original de la Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1890. Disponible en los archivos del patrimonio histórico del Departamento de Antioquia, Biblioteca de la Universidad de Antioquia, Medellín- Colombia.

ria y Artística⁹, ya que los delitos contemplados en esta última ley, eran precedentes al Código mismo y continuaban vigentes, por lo que considero que es un tipo penal abierto y, además, en blanco.

En efecto, la ley 32 del 6 de octubre de 1886, conocida como “Ley de Propiedad Literaria y Artística”, establecía en su capítulo II otras conductas delictivas en los siguientes términos:¹⁰

⁹ De lo que se deduce, claramente, que cuatro años antes del Código Penal de 1890, ya se encontraban conductas penales descritas y sancionadas en una ley especial de carácter civil, lo que ha sido una constante en el tema de la regulación penal de los derechos de autor y/o propiedad intelectual en Colombia y es que no ha sido, necesariamente, el Código Penal el que se ha reservado para el establecimiento de la materia punitiva.

¹⁰ Los textos de los artículos han sido tomados directamente de la Ley, impresión original de la Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1886. Disponible en los archivos del patrimonio histórico del Departamento de Antioquia, Biblioteca de la Universidad de Antioquia, Medellín-Colombia. “Art. 64. También constituye delito la falsificación realizada en el extranjero, si se trata de aprovechar sus resultados en Colombia; y es responsable no solo el que importe las obras, sino el que las expida del extranjero y el que se encargue de su introducción”. “Art. 65. Es igualmente defraudador el que reproduzca en Colombia obras de propiedad particular impresas en español, en los países en los cuales haya reciprocidad en materia de propiedad literaria”. “Art. 66. Será juzgado también como defraudador el impresor que se reserve el mayor número de ejemplares del que, por el contrato con el autor o editor le corresponda”. “Art. 67. Son circunstancias agravantes la reproducción de obra ajena en el extranjero, si después se introduce en Colombia; la falsificación de la portada, la adulteración del texto, y demás mutaciones de la verdad hechas maliciosamente en perjuicio del autor”. “Art. 68. Los defraudadores serán penados con una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubieren irrogado, y con la pérdida de todos los ejemplares contrahechos, que se aplicarán al propietario defraudado”. “Art. 69. Si no aparece el responsable de la defraudación, serán responsables sucesivamente el editor, el impresor y el expendedor salvo prueba en contrario de haber obrado sin malicia, sorprendidos o engañados”. “Art. 70. El que introduzca en el extranjero ejemplares de una edición ilegítima, será obligado en todo caso a entregar al propietario defraudado los que se hallen en su poder y a pagarle el valor de los que hubiere vendido. Si se comprueba que el autor dio oportuno aviso de la existencia de una edición fraudulenta a los librereros, y ellos introdujeron después ejemplares de la misma, además de la pena indicada

“Art. 63. Comete fraude o falsificación en materia de propiedad literaria, el que inscriba o venda por suya o haga publicar como si fuere del dominio público, una obra que pertenece al dominio privado, y el que de cualquier otra manera atente contra los derechos reconocidos y garantizados en la presente ley”.

Reproducidos los textos de los artículos, puede deducirse que:

1°. Que, en esta primera norma de carácter penal, el ámbito de protección penal de la propiedad intelectual estaba identificado con las defraudaciones y las falsedades, con lo cual puede decirse que bien jurídico no se identificó con el patrimonio económico.

2°. Que en esta materia se reconoce expresamente, en el transcrito artículo 73, una ascendencia en el tema de los derechos de autor, en las legislaciones francesa y española, reconociéndose con ello los orígenes del instrumento en el derecho continental europeo.

3°. Se advierte una vocación inicial a la protección de los derechos de naturaleza moral que se desprenden de los derechos de autor, que también incluyen el tema patrimonial, pero se dirigen más hacia figuras como el plagio, clásico ataque contra los derechos de autor en su faceta moral.

incurrirán en una multa de ciento a quinientos pesos; y en caso de reincidencia se añadirá a las penas señaladas la de prisión correccional de dos a seis meses”. “Art. 71 No constituyendo propiedad literaria, conforme al artículo 7, las doctrinas, opiniones y sistemas, no será defraudador el que reproduzca las ideas bajo un método, arreglo y ejecución distintos. Pero si se atribuye como suyo un método o sistema inventado por otro, el autor despojado tendrá acción civil y podrá obtener de la justicia que su nombre se anote y se le restituya el honor de la invención”. “Art. 73. En caso de controversia sobre si ha habido en una obra aprovechamiento ilícito de ideas, o ilícita reproducción de materiales ajenos, el juez o tribunal que conozca del asunto, podrá acceder a que se haga un examen o comparación pericial, y, faltando decisiones anteriores que establezcan jurisprudencia, se atenderá especialmente a los principios sancionados por la justicia francesa o la española en materia de propiedad literaria y artística”.

B) En el Código Penal de 1936 y la ley 86 de 1946 sobre derechos de autor

Este Código Penal obedece a la Ley 95 del 24 de abril de 1936, cuyo texto definitivo fue aprobado mediante el Decreto 2300 del 14 de septiembre 1936 y conocido informalmente como “Código Penal del 36”.

En el título IX, que llevaba por rúbrica de los “Delitos Contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio”, se encontraba el artículo 285, que podría considerarse como la norma que sancionaba las conductas contra los derechos de autor y/o propiedad intelectual. Artículo que disponía lo siguiente: “El que falsifique o altere los nombres o marcas legalmente registradas de las obras del ingenio, o de los productos de la industria, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años y multa de cincuenta a mil pesos”.

Este artículo identifica, como si fueran exactamente lo mismo, derecho industrial y derecho de autor (obras del ingenio), cuando en realidad son variables independientes que pertenecen al género de la propiedad intelectual, situación sobre la que se obtiene claridad en la Constitución de 1991, cuando derecho de autor y derecho industrial se reconocen como parte integrante del concepto de propiedad intelectual.

Este artículo del Código Penal de 1936 recoge, desde mi punto de vista, un tipo penal en blanco, el que necesitaba complementarse por otros tipos penales, a mi juicio, también en blanco, abiertos e indeterminados, contenidos en la Ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual; me refiero concretamente a los artículos 96, 97, 98, 99, 100, que disponían respectivamente¹¹.

¹¹ “Art. 96 Incurrir en prisión de seis meses a un año y multa de doscientos a quinientos pesos: 1. El que, en relación con una obra inédita y sin autorización del autor o de sus causahabientes, la inscribe en el registro, o la enajena, o la publica por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, como si fuera suya o de otra persona distinta del autor verdadero, o con el título cambiado o suprimido, o con el texto alterado dolosamente. 2. El que, en relación con una obra científica, literaria o musical publicada y protegida, comete cualquiera de los hechos indicados en el numeral anterior, o sin permiso del titular del derecho de propiedad intelectual de la obra, la reproduce, adapta, transporta, modifica, refunde o compendia, y edita o hace publicar alguno de esos trabajos

En esta nueva legislación podemos observar un espectro más amplio en lo que a los derechos de autor en específico se refiere, pues sin abandonar

por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión. 3. El que, en relación con una obra pictórica, escultórica o de artes análogas, que pertenece al dominio privado, la inscribe en el registro por suya o la reproduce, sin permiso del titular del derecho de propiedad intelectual; 4. El que, en relación con planos, croquis y trabajos semejantes, protegidos legalmente, los inscribe en el registro como suyos, o los edita o hace reproducir, o se sirve de ellos para obras que el autor no tuvo en cuenta al confeccionarlos, o los enajena como si fueran del dominio público, sin permiso del titular del derecho de propiedad intelectual. 5. El que reproduce una obra editada, ostentando dolosamente en la edición fraudulenta el nombre del editor autorizado al efecto, y 6. El editor autorizado, el impresor y cualquier persona que levante, tire o reproduzca mayor número de ejemplares del pedido o autorizado por el titular del derecho intelectual de la obra”. “Art.97. Incurrir en prisión de tres meses a un año y multa de ciento a trescientos pesos: 1. El que comete alguno de los hechos que el artículo 14 de esta ley, declara particularmente ilícitos. 2. El que con una obra suya reproduce de otra obra del dominio privado, sin permiso del autor de ésta o de sus causahabientes, más palabras o compases del número fijado en el primer inciso del artículo 15; 3. El que incurre en el acto de defraudación previsto en el artículo 22; 4. El que viole la prohibición del artículo 33; 5. El que comete cualquiera de los hechos que el artículo 94 declara esencialmente contrarios a la moralidad pública, con la salvedad del artículo 95 y aun en este caso, si las publicaciones, imágenes, dibujos u objetos destinados a fines exclusivamente científicos, educativos o artísticos desprovistos de toda intención lúbrica, llegan a ser exhibidos públicamente con el fin de excitar la concupiscencia”. “Art. 98. Las infracciones a los artículos 38 y 40 de la presente ley serán sancionadas con multa de cincuenta a doscientos pesos, sin perjuicio del pago del correspondiente derecho de autor. La reincidencia será sancionada a petición del legítimo interesado, con la suspensión temporal y aun definitiva del permiso concedido para el funcionamiento del teatro, lugar de espectáculos, sala de conciertos o festivales, estación radioemisora o de televisión”. “Art. 99. El que, sin ser autor, editor o causahabiente de éstos, ni representante de ninguno de ellos, se atribuya falsamente cualquiera de esas calidades y mediante la acción accesoria que consagran los artículos 108 y 112 de esta ley obtenga que la autoridad suspenda la representación o la ejecución pública lícita de una obra, será sancionado con prisión de dos a seis meses y multa de doscientos a mil pesos” “Art. 100. Las sanciones establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en la mitad de la cuantía del perjuicio material causado con la infracción si fuere superior a dos mil pesos, si siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender su subsistencia”.

la concepción moral de los derechos de autor, ya hay un mayor margen de protección para la esfera patrimonial del derecho de autor y, a su vez, un mayor influjo de la legislación internacional por la vía del Derecho internacional de los Tratados, en tanto que se incorporan conceptos que no tenían desarrollo previo en la legislación nacional.

Pero, aunque el espectro se amplía, aún persisten los graves equívocos en cuanto al bien jurídico tutelado, al ubicar la protección de los derechos de autor dentro de los delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio, es decir, identificando derechos de autor como obras del ingenio con la propiedad industrial. Valga, además, aclarar que, para el resto de normas penales contempladas dentro de una ley de carácter civil, en principio no hay identificación con bien jurídico alguno.

Finalmente, no sobra advertir que, a mi juicio, la redacción de los tipos penales tanto de este Código como del capítulo penal de la ley de carácter civil, atiende a las corrientes criminológicas positivistas de la época, un Derecho penal peligrosista o de autor, importado de Italia por los primeros penalistas que estudiaron en Europa y bebieron de la fuente de Enrico Ferri, Rafael Garofalo y Cesare Lombroso.

C) En el Decreto Legislativo 100 de 1980 (Código Penal Colombiano) y Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 sobre derechos de autor

En primer lugar, quisiera destacar que éste no fue un Código Penal expedido ni discutido directamente en el Congreso de la República, órgano natural para la discusión y elaboración de las leyes, sino que fue realizado por el Ejecutivo y promulgado a través de un Decreto con fuerza de Ley. Y en él no se contempló una regulación propia para los derechos de autor (Gaviria 2003, p. 539). Esta materia fue objeto de regulación solo en cuanto a la propiedad industrial como modalidad de la propiedad intelectual, pues se ocupó específicamente del tema de usurpación de marcas y patentes (art. 236), uso ilegítimo de patentes (art. 237) y violación de la reserva industrial (art. 238), de modo que la protección penal de los derechos de autor continuó regulada en las disposiciones de la Ley 86 de 1946.

La Ley 86 de 1946 solo estuvo vigente dos años más tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, pues fue derogada por el artículo 259 de la ley 23 del 9 de diciembre de 1982, por lo que, nuevamente sería una ley especial de carácter civil la que regula en un capítulo específico todo lo relativo a protección penal de los derechos de autor, incorporando la siguiente relación de delitos y penas.¹²

¹² “Art. 232 Incurrir en prisión de tres a seis años sin lugar a excarcelación y multa de cincuenta mil a cien mil pesos quien: 1. En relación con una obra o producción artística inédita y sin autorización del autor, artista o productor, o de sus causahabientes, la inscriba en el registro, la publique por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, como si fuera suya o de otra persona distinta del autor verdadero o con el título cambiado o suprimido, o con el texto alterado dolosamente; 2. En relación con una obra o producción publicada y protegida, cometa cualquiera de los hechos indicados en el numeral anterior, o sin permiso del titular del derecho de autor, la reproduzca, adapta, transporta, modifica, refunda, o compendia y edita o publique algunos de estos trabajos por cualquier modo de reproducción, multiplicación o difusión. 3. En relación con una obra pictórica, escultórica o de artes análogas, que pertenecen al dominio privado, la inscribe en el registro por suya o la reproduce sin permiso del titular del derecho de autor; 4. En relación con los planos, croquis y trabajos semejantes protegidos legalmente, los inscribe en el registro como suyos, o los edita o hace reproducir, o se sirve de ellos para obras que el autor no tuvo en cuenta al confeccionarlos, o los enajena, sin permiso del titular del derecho de autor; 5. Reproduce una obra ya editada, ostentando dolosamente en la edición fraudulenta el nombre del editor autorizado al efecto; 6. Siendo el editor autorizado, el impresor y cualquiera otra persona que levante o reproduzca mayor número de ejemplares del pedido autorizado por el titular del derecho de autor de la obra; 7. El que reproduzca, importe o distribuya fonogramas sin autorización de su titular; 8. De cualquier modo o por cualquier medio utilice una obra sin autorización de su autor o derecho habientes, concedida por cualquiera de las formas previstas en la presente ley; 9. Disponga o realice la fijación, ejecución o reproducción, exhibición, distribución, comercialización, difusión o representación de dicha obra, sin la debida autorización; 10. Edite, venda o reproduzca o difunda una obra editada o un fonograma, mencionando falsamente el nombre del autor, del editor autorizado, de los intérpretes y ejecutantes del productor; 11. Reproduzca, difunda, ejecute, represente o distribuya una o más obras, después de vencido el término de una autorización concedida al efecto; 12. Presentar declaraciones falsas destinadas directa o indirectamente al pago o distribución de derechos económicos del autor, alterando los datos referentes a concurrencia de público, clase, precio y número de entradas vendidas para

Esta Ley 23 de 1982 sería reformada por la ley 44 de 1993, que estuvo vigente en su capítulo penal hasta el 23 de julio del año 2001, El 24 de julio de 2001 entra en vigencia el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, que se ocupa directamente en un capítulo de los delitos contra los derechos de autor. (Gaviria, 2003 p. 542), fecha en la que ya, por fin, los delitos contra los derechos de autor vuelven a estar directamente en el Código Penal, dejando de estar relegados a capítulos de leyes especiales de carácter civil¹³.

un espectáculo o reunión, número de entradas distribuidas gratuitamente, de modo que pueda resultar perjudicado el autor; 13. Presentare declaraciones falsas destinadas directa o indirectamente al pago o distribución de derechos económicos del autor, alterando el número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente de modo que pueda resultar perjudicado el autor; 14. Presentare declaraciones falsas destinadas a la distribución de derechos económicos de autor, omitiendo, sustituyendo o intercalando indebidamente los datos de las obras respectivas; 15. Realizare acciones tendientes a falsear los ingresos reales de un espectáculo o reunión; 16. La responsabilidad por los derechos descritos en el presente artículo se extiende a quien ordene o disponga su realización, a los representantes legales de las personas jurídicas y a todos aquellos que, conociendo la ilicitud del hecho, tomen parte de él, lo faciliten o lo encubran”. “Art. 233. Incurrirán en multa de veinte mil a cincuenta mil pesos: 1. El que abuse del derecho de citación a que se refiere el artículo 30. 2. El que incurra en acto de defraudación a lo dispuesto en el artículo 86. 3. El responsable por la representación o ejecución pública de obras teatrales y musicales o fonogramas, sin la autorización del titular de los derechos de autor, o sin la retribución correspondiente a los derechos económicos debidos”. “Art. 234. Las multas establecidas en los artículos anteriores, se aumentarán hasta en la mitad de la cuantía del perjuicio material causado, cuando la infracción fuere superior a cien mil pesos o si, siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”. “Art. 235. El que, sin ser autor, editor, causahabiente o representante de alguno de ellos, se atribuyere falsamente cualquiera de esas cualidades y obtenga que la autoridad suspenda la representación de ejecución pública de su obra, será sancionado con arresto de dos a seis meses y multa de dos mil a veinte mil pesos”.

¹³ En concreto, los artículos referidos a las conductas típicas penales en la Ley 23 de 1982, quedaron como sigue: “Art. 51. Incurrirá en prisión de dos a cinco años y multa de cinco a veinte salarios mínimos legales mensuales: 1. Quien publique una obra literaria o artística inédita, o parte de ella, por cualquier medio, sin la autorización previa y expresa del titular del derecho. 2. Quien inscriba en el registro de autor una obra literaria, científica o artística a nombre de per-

sona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor, productor fonográfico, cinematográfico, video gráfico o de soporte lógico. 3. Quien de cualquier modo o por cualquier medio reproduzca, enajene, compendie, mutile o transforme una obra literaria, científica o artística, sin autorización previa y expresa de sus titulares. 4. Quien reproduzca fonogramas, videogramas, soporte lógico u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular, o transporte, almacene, conserve, distribuya, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier título dichas reproducciones. PARÁGRAFO: Si en el soporte material, carátula o presentación de la obra literaria, fonograma, videograma, soporte lógico u obra cinematográfica, se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad”. “Art. 52. Incurrirá en prisión de uno a cuatro años y multa de tres a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes: 1. Quien represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas o cualquiera obra literaria o artística, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes. 2. Quien alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, soportes lógicos u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes. 3. Quien fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes. 4. Quien disponga o realice comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución o representación o de cualquier modo por cualquier medio conocido o por conocer, utilice una obra sin autorización previa y expresa de su titular; 5. Presentare declaraciones falsas destinadas directa o indirectamente al pago o distribución de derechos económicos del autor, alterando los datos referentes a concurrencia de público, clase, precio y número de entradas vendidas para un espectáculo o reunión, número de entradas distribuidas gratuitamente, de modo que pueda resultar perjuicio para el autor; 6. Presentare declaraciones falsas destinadas directa o indirectamente al pago o distribución de derechos económicos del autor, alterando el número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente de modo que pueda resultar perjuicio para el autor; 7. Presentare declaraciones falsas destinadas a la distribución de derechos económicos de autor, omitiendo, sustituyendo o intercalando indebidamente los datos de las obras respectivas; 8. Quien realizare acciones tendientes a falsear los ingresos reales de un espectáculo o reunión; 9. Quien retransmita, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual divulgue, sin la autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión; 10. Quien recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio,

Como puede observarse, los capítulos penales de estas leyes de carácter civil sustituyeron la ausencia total de pronunciamiento en materia de derechos de autor por parte del Código Penal vigente para la época, por un espacio

sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción. PARÁGRAFO. En los procesos por los delitos previstos en este artículo, la acción penal se extinguirá por desistimiento del ofendido, cuando el procesado, antes de dictarse sentencia de primera instancia, indemnice los perjuicios causados”. “Art. 53. Las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en la mitad, en los siguientes casos: 1. Cuando en la realización del hecho punible hayan intervenido dos o más personas. 2. Cuando el perjuicio económico causado por el hecho punible sea superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, o siendo inferior, ocasione grave daño a la víctima”. “Art. 54. Las autoridades de policía harán cesar la actividad ilícita, mediante: 1. La suspensión de la actividad infractora. 2. La incautación de los ejemplares ilícitos, de los moldes, planchas, matrices, negativos, soportes, cintas, carátulas, disquetes, equipos de telecomunicaciones, maquinaria, y demás elementos destinados a la producción o reproducción de ejemplares ilícitos o a su comercialización. 3. El cierre inmediato del establecimiento, si se trata de local abierto al público, y la suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento”. “Art. 55. Las publicaciones, ejemplares, reproducciones, moldes, planchas matrices, negativos, cintas, carátulas o etiquetas incautadas, serán sometidas a inspección judicial con la ayuda del perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidas por las autoridades de policía judicial, en presencia del funcionario judicial y con la citación de la defensa y de la parte civil”. “Art. 56. Los bienes incautados, destinados directa o indirectamente para la producción, reproducción, distribución, transporte o comercialización de los ejemplares ilícitos, serán embargados y secuestrados o decomisados de oficio y, previo avalúo, los que no deban ser destruidos se adjudicarán en la sentencia condenatoria, a los perjudicados en el hecho punible a título de indemnización de perjuicios o se dispondrá de su remate para tal fin”. “Art. 57. Para la tasación de los perjuicios materiales causador por el hecho, se tendrá en cuenta: 1. El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. 2. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación. 3. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita”. “Art. 58. Las investigaciones a que den lugar los hechos punibles tipificados en los artículos 51 y 52 de esta ley, se adelantarán conforme al proceso ordinario. Si el imputado es capturado en flagrancia o existe confesión simple de su parte, se seguirá el procedimiento abreviado que la ley señale”. “Art. 59. La acción penal que originan las infracciones a esta Ley, es pública en todos los casos y se iniciará de oficio”.

aproximado de 20 años, lo cual deja enormes vacíos frente a cualquier pretensión que tuviera el legislador de encuadramiento del bien jurídico.

En las descripciones de los tipos penales de ambas leyes se puede constatar la incorporación del lenguaje de las nuevas tecnologías que se van desarrollando, también la proliferación de conductas con verbos rectores simultáneos, plagados de elementos normativos y aspectos en blanco, otros tan vagos e indeterminados que ni con ayuda de la misma legislación especial podría esclarecerse el objeto de protección de la norma penal.

Las reformas entre una y otra ley, estuvieron orientadas básicamente al aumento de penas y la expansión progresiva del Derecho penal en esta materia, convirtiendo conductas sancionadas con multa en delitos con penas de prisión y, aunque no hay una distinción clara, se siguen protegiendo indistintamente intereses morales y patrimoniales relacionados con los derechos de autor propiamente dichos, a lo que se le suma la protección penal de los llamados derechos de autor conexos.

Nótese que, además de la inclusión de legislación de tipo sustantivo (los tipos penales), en la última reforma se incorpora legislación de tipo adjetiva (normas procesales) propia para la instrucción y juzgamiento de este tipo de conductas, con lo que el instrumento penal es reemplazado en su esencia por instrumentos de carácter civil, en los que bajo el velo de discusiones sobre derechos civiles, se incorporan verdaderas reformas penales que, por el principio de reserva de ley y unidad de materia, deberían llevarse a cabo solo a través de Leyes Estatutarias.

D) En la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano vigente)

El 24 de julio de 2001 entró en vigor la Ley 599 de 2000, por la que se aprueba el Código Penal Colombiano, en el que se incorporan a su articulado tipos penales relativos a los derechos de autor, hecho que no ocurría desde el Código Penal de 1936.

Hasta este nuevo Código Penal, como he ido exponiendo, la regulación estuvo en las leyes 86 de 1946, 23 de 1982 y 44 de 1993. Esta nueva codifica-

ción recoge en tres artículos lo relativo a los derechos morales de autor, los patrimoniales de autor y la defraudación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor¹⁴.

¹⁴ En él se incorpora un Título, el VIII, que bajo la rúbrica: “De los Delitos contra los Derechos de Autor”, contiene un capítulo único, cuyo tenor es el siguiente: “Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien: 1.- Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico. 2.- Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico. 3.- Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico. PARÁGRAFO. - Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad”. “Artículo 271. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes: 1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones. 2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico. 3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas. 4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales. 5. Disponga, realice o

Frente a esta legislación vigente podemos hacer también unos breves comentarios:

En esta nueva regulación en materia penal de los derechos de autor, se separan claramente las conductas que lesionan los derechos morales de autor, de aquellas que trasgreden los derechos patrimoniales y de las que afectan los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales.

En vigencia de esta normatividad se ha expedido la Ley 1032 de 22 de junio de 2006, para reformar los derechos patrimoniales y los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones contemplados en los artículos 271 y 272 del Código Penal respectivamente.

utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título. 6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión. 7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción. PARÁGRAFO. Si como consecuencia de las conductas contempladas en los numerales 1, 3 y 4 de este artículo resulta un número no mayor de cien unidades, la pena se bajará hasta en la mitad”. “Artículo. 272. Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006: Incurrirá en prisión de uno a cuatro años y multa de veintiséis punto sesenta y seis a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien: 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados. 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada. 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal, o de cualquier forma de eludir, evadir, inutilizar o suprimir un dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o producciones, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de éstos. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos”.

En el caso de la defraudación a los derechos patrimoniales de autor, el objeto de la reforma fue un aumento punitivo: el mínimo, que estaba en dos años, pasó a cuatro años y el máximo, que estaba en cinco años, subió a 8 años de prisión; además, se incluyeron en los derechos patrimoniales a los derechos conexos de autor.

Tratándose del delito de violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones contemplado en el artículo 271 del Código Penal, el aumento es exacerbado pues, de estar sancionado con pena de multa pasa a pena de prisión de uno a cuatro años, y una multa que puede llegar hasta los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, obviamente sin sustento alguno porque ni siquiera hay exposición de motivos respecto del cambio tan drástico en la penalidad, lo que hace incontrolable la *ratio legis* que pudo tener el legislador.

Sobre esta ley modificatoria de los artículos 271 y 272 del Código Penal, también puede formularse el reparo de que viola el principio de reserva legal, ya que al ser la materia regulada derechos fundamentales –limitación al derecho a la libertad a través de la imposición de una pena por un comportamiento definido como desviado– la reforma debería haber sido, por expresa previsión constitucional, por la vía de una ley estatutaria¹⁵.

El cuerpo normativo incluida la reforma de la Ley 1032 de 2006, arrastra los problemas de indeterminación y vaguedad de la descripción de la conducta típica que ya se arrastraba en las leyes especiales, por lo que siguen siendo tipos penales en blanco con múltiples elementos normativos que deben ser interpretados a partir de las normas civiles y mercantiles sobre protección de los derechos de autor.

Se continúa con la protección de los derechos morales de autor bajo una categoría de norma autónoma dentro de la codificación penal manteniendo un criterio de punición que, al parecer, no ha sido revisado desde el origen de esta legislación en 1886.

¹⁵ Según el Art. 152 de la Constitución Nacional de Colombia: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

3) Procedimiento abreviado y acusador privado

De conformidad con la ley 1826 de 2017, que entró en vigencia el pasado 12 de julio de 2017, se ha cobijado a los delitos contra los derechos autor (propiedad intelectual) dentro de los delitos en los que aplica la figura del procedimiento abreviado (Artículo 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534) y permite el ejercicio de la acción penal mediante la figura del acusador privado (Artículo 28. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 550), es decir, que no pierden la condición de delitos investigables de oficio, sin embargo, pueden ser objeto de un procedimiento diferencial.

4) En los instrumentos internacionales de protección a la propiedad intelectual (derechos de autor) ratificados por Colombia

En este apartado referenciaremos en dos grupos los Tratados Internacionales, Convenciones y Acuerdos que Colombia ha suscrito en materia de derechos de autor, en primer lugar, aquellos celebrados con otros Estados del continente americano y, en segundo lugar, los de carácter mundial en los que Colombia o bien ha tomado parte o ha ratificado posteriormente a través de su legislación interna como se anota en cada uno de ellos.

A) En los Tratados americanos

Acuerdo de Caracas de 1911, sobre Derechos de Autor entre Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela, al cual adhirió Colombia mediante la Ley 65 de 1913.

Convención sobre Propiedad Literaria y Artística (IV conferencia Internacional Americana, Buenos Aires, 1910) a la cual adhirió Colombia mediante la Ley 7 de 1936.

Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, firmado en Washington en 1946, el cual adhirió Colombia mediante Ley 6 de 1970.

Tratado de Libre Comercio, suscrito entre Colombia, México y Venezuela (G-3), al cual adhirió Colombia en virtud de la Ley 172 de 1994.

Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana, al cual adhirió Colombia mediante decreto 1448 de 1995.

B) Convenciones mundiales

Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 1886, cuya última modificación se firmó en París en 1971, al cual adhirió Colombia mediante la Ley 33 de 1987.

Convención Universal sobre Derechos de Autor, firmada en Ginebra en 1952 y revisada en París en 1971, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 48 de 1975.

Convención Internacional para la Protección de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, firmada en Roma en 1961, a la cual adhirió Colombia mediante la Ley 48 de 1975.

Convenio que establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) suscrito en Estocolmo en 1967, al cual adhirió Colombia mediante Ley 46 de 1979.

Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, suscrito en Ginebra en 1971, al cual adhirió Colombia mediante Ley 23 de 1992.

Tratado Internacional para el Registro de Obras Audiovisuales, suscrito en Ginebra en 1989, al cual adhirió Colombia mediante la Ley 26 de 1992.

Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), que contiene acuerdo sobre los aspectos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) el cual ratificó Colombia mediante Ley 170 de 1994.

Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, suscrito en Ginebra en 1996, al cual adhirió Colombia mediante la Ley 545 de 1999.

Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, suscrito en Ginebra en 1996, al cual adhirió Colombia mediante Ley 565 de 2000.

En mi opinión, los constantes cambios en la legislación penal sobre los derechos de autor, pueden tener una relación directa con los compromisos multilaterales que Colombia adquiere en materias comerciales con otros Estados y que, en ocasiones, llevan aparejadas obligaciones y compromisos de endurecimiento de la legislación penal para la protección de mercados aun a costa de principios como el de *ultima ratio* del Derecho penal en su manifestación de carácter fragmentario del Derecho penal o intervención subsidiaria, por ejemplo los aumentos punitivos de la ley 1032 de 2006, se tienen como una consecuencia directa de la aprobación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América.

Cambios que aparentemente no tienen importancia alguna, en tanto que en realidad no hay incidencia práctica en la aplicación de estas normas – Derecho penal simbólico, se legisla para dar la sensación que el asunto preocupa al legislador–; sin embargo, se interviene intensamente a través de un aumento desmesurado de penas (inflación penal) y la incorporación de nuevas conductas (expansionismo), algunas con clara indeterminación y contenido equívoco en su descripción típica, que obviamente terminan por erosionar los presupuestos del Derecho penal liberal que corresponde a un Estado autodenominado como democrático y social de Derecho.

4) Notas a modo de conclusión

En el caso del Derecho colombiano, desde el orden constitucional se parte de la expresión propiedad intelectual, pero ello bajo el entendido de que la propiedad intelectual es el género que abarca tanto a los derechos de autor como a la propiedad industrial y, por lo tanto, la legislación específica sobre el tema (ya también referenciada supra) utiliza expresamente la denominación de ‘derechos de autor’ e incluso el último Código Penal, vigente desde

el 24 de julio de 2001 acoge en un título independiente con un capítulo único los denominados “delitos contra los derechos de autor”¹⁶.

De acuerdo con la posición de Vega la expresión “derecho de autor” es la más adecuada y exacta en la medida que, aparte de su enraizamiento social y modernidad, ofrece un sentido más espiritual y extenso del instituto, al acoger con carácter genérico tanto a los derechos estrictos de los creadores como aquellos que se le asimilan (derechos afines), en cuanto a considerar que el nombre más acertado es protección de los derechos de autor como especie y no de la propiedad intelectual como género (Vega, 2002) sin embargo, encontraremos que la acepción internacional que se utiliza de manera indiferenciada para referirse al tema es la de propiedad intelectual.

No ha resultado caprichoso realizar este acercamiento a la protección de los derechos de autor en la legislación colombiana desde el punto de vista conceptual para conocer un poco la institución jurídica que se estudia, toda vez que no tiene una raíz directamente penal sino un origen civil y comercial (la propiedad intelectual) del que se deriva todo un contexto penal.

El recorrido histórico de la protección penal, partiendo desde la base constitucional, ha permitido establecer la falta de claridad jurídica y conceptual que respecto de la institución se tiene desde los albores de su consagración constitucional en el año 1800, así como la falta de garantías mínimas del Derecho penal liberal, ya que la regulación de esta materia ha estado relegada a legislaciones de carácter especial, en la que se han empleado, siempre, tipos penales abiertos y en blanco, lo que es ya un defecto enorme de su construcción dogmática. Igualmente, la desconexión embrionaria con el principio de legalidad en su manifestación de reserva legal por no regularse

¹⁶ No obstante, lo anterior, en el Código penal colombiano (ley 599 del 2000), el legislador sí optó por un tratamiento diferenciado entre las dos señaladas categorías, pertenecientes a la propiedad intelectual. Es por ello que se encuentran, de una parte, normas protectoras de marcas y patentes (artículo 306 C.P.); y, de otra parte, normas relativas específicamente a la protección de los derechos de autor (arts. 270 a 272 C.P.) el presente escrito se referirá a este último grupo de normas, limitándose a analizar específicamente los artículos 270 y 271 del Código penal.” (Álvarez et al. 2013 p. 95,96)

a través de Leyes Estatutarias como lo ordena la Constitución Nacional, temas éstos que tendrán que ser de obligada ampliación y profundización.

En Colombia es ya tradicional la protección con similar intensidad para las conductas que afectan los derechos morales de autor como las que afectan los derechos patrimoniales de autor (Osorio, 2010), por lo que incluso se entiende que estén rubricados formalmente bajo un bien jurídico independiente “los derechos de autor” y no bajo los delitos contra el patrimonio económico o el orden socioeconómico, como se estila por ejemplo en la legislación española¹⁷.

Pero más allá de la acomodación formal de los delitos contra la propiedad intelectual como lesivos para el patrimonio económico y el orden socioeconómico (González, 20016. p. 329-330)¹⁸ conviene desde un punto de vista

¹⁷ Desde el punto de vista formal el direccionamiento del legislador respecto de la protección del bien jurídico tutelado en los delitos contra la propiedad intelectual está por comprenderlo en los delitos contra Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico del Título XIII al nominar las infracciones De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores en el Capítulo XI.

¹⁸ ““(…) Y, en efecto, existen figuras delictivas de naturaleza socioeconómica que están fuera de este Título XIII. Por poner solo dos ejemplos, cabe citar ahora las infracciones del Título XIII bis (delitos de financiación ilegal de partidos políticos) o el Título XIV (delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social). (...)” Pero dentro del mismo Título XIII se discute mucho cuáles son figuras delictivas de esta naturaleza. Así, se ha dicho que los delitos contra el mercado y los consumidores son delitos socioeconómicos, pero ahora vienen integrados en el capítulo XI junto a las Infracciones contra la propiedad intelectual e industrial, cuya calificación en este sentido plantea más dudas. De ahí que los auténticos y puros ilícitos contra el orden socioeconómico parecen encontrarse en el capítulo XIII, los denominados delitos societarios. Y por señalar una última dificultad (para no hacer demasiado prolija la explicación) debe decirse que un delito patrimonial puede afectar al orden socioeconómico según sean las circunstancias en las que se materialice en la Vida Social. “(...) De este modo, por poner dos ejemplos, una estafa que afecte a cientos o miles de personas o la insolvencia punible de una entidad financiera de gran relevancia, pueden ser considerados en el caso concreto como hechos penales de naturaleza socioeconómica. (...)” y agrega: “Todo ello conduce a expresar la imposibilidad de determinar un bien o unos bienes jurídicos comunes a toda

crítico discutir la entidad misma de la propiedad intelectual como bien jurídico de carácter penal merecedor de pena bajo el entendido que no basta con que exista un tipo penal que le asigne determinada pena, sino si desde el punto de vista crítico, se cumple con la función límite que propende el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos.

Para responder a dicha inquietud desde un derecho penal sometido a principios, tendría que abordarse en otro estudio lo relativo al bien jurídico, sin embargo, de este análisis preliminar sobre el carácter evolutivo del tipo penal y su precedencia constitucional, puede inferirse, que siempre ha estado allí independiente de la función real que pueda cumplir y más bien, ha tenido a bien, el legislador referirse a él cuando de reforma penal se trata, como es la reciente incorporación entre los tipos penales que podrían acogerse al procedimiento abreviado y al acusador privado, lo que nos hace pensar que no importa la gravedad de la pena que se le fue asignado al tipo penal, el legislador sí puede estar convencido, que no es un tipo nuclear, vital para la existencia del sistema penal y ante la obligación de tener que incorporarlo en el código (merced que procedimientos civiles y administrativos también comportan mecanismos de protección) prefiere atenuar el rigor del derecho penal, pues bien es sabido que bajo la nueva sistemática procesal podrá ser objeto de mecanismos de justicia restaurativa.

Puede advertirse entonces que la inclusión de la protección de los derechos de autor desde el punto de vista penal, puede obedecer más a la heteroimposición que se genera para los Estados desde la dinámica del derecho internacional, que a la ponderación del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, que bien ha quedado establecido en esta evolución, puede identificarse con el patrimonio económico o no, desde una perspectiva amplia el orden socioeconómico o de una manera muy pragmática como lo acoge nuestro legislador con el puntual bien jurídico de los derechos de autor.

esta compleja y variopinta agrupación de hechos punibles. Se puede afirmar, sin embargo, que el objeto de tutela más general que justifica la incardinación de las distintas figuras delictivas en este título, se encuentra bien en el aspecto más individual del patrimonio, bien en el interés más colectivo del orden socioeconómico." Pág. 229-330.

Ya veremos qué criterio acogerá el legislador colombiano, cuando pueda poner a tono la legislación de propiedad intelectual y/o derechos de autor en materia de desarrollo de nuevas tecnologías de conformidad con la persecución penal que se viene exigiendo por conductas cometidas a través de la red y que al menos ya tuvo un intento fallido, con la conocida popularmente para el año 2012 Ley Lleras (2.0).

5) Bibliografía

- Álvarez Álvarez Juan Carlos, Ceballos Bedoya María Adelaida, Muñoz Sierra Álvaro Mauricio. (2013) Nuevo Foro Penal 81, Volumen 9, Universidad Eafit, Medellín.
- Barreto, Manuel y Sarmiento, Libardo. (1997) Constitución Política de Colombia, Título II, de los derechos, garantías y deberes, comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.
- Código Penal (1890) Impresión original de la Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá.
- Constitución Política de Colombia, corregida y actualizada (1980) Ed. Temis, Bogotá.
- Constitución Política de Colombia, Comentada (2006) Legis Editores, Envío 48, Bogotá.
- Gaviria Londoño, Vicente. (2003) Delitos contra los derechos de autor. En: Barreto Ardila, Hernando, y autores varios. Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- González Cussac J. L. COORD. (2016) T.S. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu, C. Martínez-Buján Pérez, Ma. L. Cuerda Arnau, E. Borja Jiménez, J.L. Derecho Penal Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín. (1986) Constituciones de Colombia, cuarta edición, tomos I - IV, biblioteca del Banco Popular, Bogotá, Colombia.
- Rengifo García, Ernesto. (1996) Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Vega Vega, José Antonio (2002) Protección de la propiedad intelectual. Ed. Reus, Madrid,



¿Puede ser el cibercrimen un delito organizado y transnacional?

Ricardo Posada-Maya¹

1) Introducción

En el año 2000 se firmó en la ciudad de Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la *delincuencia organizada transnacional*² (Resolución N°

¹ Profesor y Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, y Director del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de Los Andes, Bogotá - Colombia. Abogado con Honores de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Derecho por la Universidad de Antioquia, Doctor en derecho y D. E. A. por la Universidad de Salamanca, España. El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de Los Andes.

² HAGAN, “The organized crime continuum: A further specification of a new conceptual crime”, págs. 76-85; MALTZ, “On defining “Organized Crime”: The development of a definition and typology”, págs. 66-76; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Criminalidad organizada*, págs. 36 y ss.,

55/25 del 15/11/2000)³, convirtiéndose en uno de los instrumentos internacionales más valiosos y significativos contra una clase de delincuencia cuyas peligrosas características se han fortalecido con los procesos de globalización internacional⁴. Convención que luego fuera complementada en la Unión Europea, entre otra normativa, con la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de Europa del 24 de octubre de 2008⁵, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. En América se advierte, a su turno, la Resolución AG/RES. 2026 (XXXIV-O/04) contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el Hemisferio, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 8 de junio de 2004⁶. Se trata de expresiones normativas internacionales que buscan perfeccionar los mecanismos legales que le permiten a los Estados luchar de manera eficaz y colaborativa contra formas de criminalidad que, como lo advierte PICCA⁷, usualmente se sitúan en el ámbito de la economía ilegal y promueven una enorme capacidad para permear los mercados y las estructuras estatales, convirtiéndose en una importante motivación para que los actores criminales desarrollen sus actividades de manera asociada,

señala que “[...] no podemos decir que sea una forma de criminalidad característica de grupos organizados, sino que se trata en su mayoría de delitos cometidos por individuos”; SOFAER/GOODMAN, “Cyber Crime and Security. The transnational dimension”, págs. 6 y ss.; TORRES-VÁSQUEZ, *La delincuencia organizada transnacional en Colombia* págs.109-130; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, pág. 156

³ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS (En adelante, Convención de Palermo), oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Nueva York, Naciones Unidas, 2004, <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

⁴ Sobre el concepto de globalización, véase FAZIO VENGOA, ¿Qué es la globalización?, págs. 110 y ss.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF> Sobre el sentido y propósito de la Convención de Palermo, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas”, págs. 68 y ss.

⁶ http://www.oas.org/juridico/spanish/ag04/agres_2026.htm

⁷ PICCA, “Criminalite transnationale organise: De nouveaux defis pour les Etats?”, pág. 403.

planificada y a gran escala, traspasando las fronteras de los Estados nacionales. En pocas palabras, se trata de una delincuencia que actúa mediante verdaderas empresas criminales internacionales o transnacionales que realizan delitos también de carácter transnacional al superar las fronteras de los Estados y que hoy tiene lugar en el ciberespacio.

En todo caso, conscientes de la enorme dificultad para definir y caracterizar con certeza este complejo fenómeno criminal⁸, tanto la doctrina especializada como los instrumentos y documentos internacionales en la materia se han decantado por establecer una serie de elementos mínimos que permitan clasificar e interpretar, de modo flexible, distintas y muy variadas formas de delincuencia, como: a) *criminalidad organizada o estructurada*⁹ y b) *transnacional*¹⁰. Desde luego, se trata de conceptos normativos que no se pueden confundir. El primero, aunque de manera general, se refiere al hecho de cómo se configura el autor colectivo para realizar el crimen; mientras que, el segundo, concierne al alcance del comportamiento delictivo y de la organización en términos temporales y espaciales, lo que implica hablar, a su turno, de organizaciones y delitos “sincrónicos, encadenados y resonantes”.

En este sentido, FAZIO VENGOA sostiene que, como la globalización rompe con las antiguas linealidades al sofisticarse el entrelazamiento de la sincronía con la diacronía, de lo global con lo local, la causalidad se complejiza bajo la forma de la sincronicidad, los encadenamientos y las resonancias.

⁸ Así lo pone de manifiesto, *Ibid.*, pág. 404.

⁹ PÉREZ PINZÓN/PÉREZ CASTRO, *Curso de criminología*, pág. 28, indica que la criminalidad organizada es aquella que “Es cometida por una pluralidad de personas que se confabulan con cierta permanencia, se distribuyen tareas, se controlan internamente con base en jerarquías, las alienta el ánimo de lucro, acuden a la violencia y a la corrupción, presionan al poder público y cooperan con grupos transnacionales”.

¹⁰ *Ibid.*, págs. 26 y 27, la definen como aquella “Expresión del poder estatal o empresarial por medio de asociaciones o grupos que protegidos por los gobiernos ofenden a la sociedad. Se caracteriza por causar enorme daño, superar los controles interestatales, buscar enriquecimiento ilícito, expandirse política o mercantilmente y no preocuparse por los males que pueda producir, pues por encima de todo se halla el ánimo de lograr los objetivos trazados”.

La sincronidad es un asunto distinto de la simultaneidad. La sincronidad es una dimensión de tiempo y de espacio, una experiencia de conexión de naturaleza relacional, mientras la simultaneidad, por lo general, sugiere simplemente la existencia de ciertos paralelismos temporales. La resonancia manifiesta la manera como se establecen los enlaces diferenciados entre distintos acontecimientos o situaciones. [...] La resonancia permite visibilizar nuevas formas de complementariedad, de interdependencia y de interacción mutua. [...] El encadenamiento, por último, alude a interacciones temporales y espaciales que se retroalimentan mutuamente [...]¹¹.

De esta manera, la Convención de Palermo (artículos 1 y 2), pero también la Decisión Marco 2008/841/JAI (artículo 1), señalan de modo general que *la criminalidad organizada* es aquella realizada atendiendo a las siguientes características o elementos¹²:

Es realizada por un grupo delictivo organizado. La organización consiste en el hecho de estructurar, dividir y coordinar las funciones del colectivo criminal en torno a un grupo estable de dos o más personas sometidas a un control interno y jerárquico¹³; o de personas que se asocian o conciertan voluntariamente por un período de tiempo más o menos largo, para acometer o realizar delitos muy graves y significativos sancionados en la ley penal. En particular, esta definición excluye de esta categoría criminológica a las asociaciones estructuradas por una concurrencia ocasional de sujetos para realizar un delito determinado, como ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de coautoría (CP, artículo 29, inciso 2)¹⁴. Esta doctrina está de acuerdo con el precepto del artículo 2, literal c de la Convención de Palermo que, al definir un *grupo estructurado*, indica que por este “Se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que

no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de un miembro o exista una estructura desarrollada”¹⁵.

Con tal punto de partida, el informe anual sobre la situación del crimen organizado en el contexto de la Unión Europea (documento 6204/1/97 (EN-FOPOL 35 REV 2) DG H II)¹⁶, establece como guía once (11) requisitos a tener en cuenta para determinar la existencia de una asociación estructurada, de la siguiente manera: 1. *Más de dos personas*. 2. *Distribución de tareas entre ellas*. 3. *Permanencia*. 4. *Control interno*. 5. *Sospechosos de la comisión de delitos graves*. 6. *Actividad internacional*. 7. *Violencia*. 8. *Uso de estructuras comerciales o negocios*. 9. *Blanqueo de dinero*. 10. *Presión sobre el poder político*. 11. *Ánimo de lucro, siendo 1, 5 y 11 obligatorias*. Es decir, se debe comprobar la existencia material de una agrupación estructurada por más de dos personas sospechosas de cometer delitos graves con ánimo de lucro. Por razones comprensibles, el documento citado ha sido ampliamente comentado por la doctrina internacional y ha servido como base para la lucha de la EUROPOL en contra de la criminalidad organizada, a diferencia de lo que ha sucedido en América Latina.

Dicho grupo estable actúa de manera concertada para cometer delitos graves, usualmente de manera clandestina. En general, en la normativa internacional los delitos graves serían aquellos que comportan una pena de consecuencias considerables (como la prisión) superior a cuatro (4) años¹⁷. En realidad, es más seductora la idea de entender la ‘gravedad’ como la existencia de verdaderos negocios ilícitos en todos los ámbitos de la actividad social, propios de la macrocriminalidad¹⁸, como, por

¹¹ FAZIO VENGOA, ¿Qué es la globalización?, págs. 126-128.

¹² Sobre el tema, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas”, págs. 62 y ss.

¹³ CONVENCION DE PALERMO, artículo 1 y Decisión Marco 2008/841/JAI, artículo 1, numeral 1). Mientras que la primera exige más de tres personas, la segunda requiere que la organización esté conformada por mínimo dos o más.

¹⁴ BERNATE OCHOA/MEDINA RICO, “Coautoría y concierto para delinquir”, págs. 117 y ss.

¹⁵ De igual manera, la Decisión Marco 2008/841/JAI, artículo 1, numeral 2) define la «asociación estructurada» como “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

¹⁶ http://ec.europa.eu/environment/legal/crime/pdf/organised_member_states.pdf

¹⁷ CONVENCION DE PALERMO, artículo 2, literal b).

¹⁸ PÉREZ PINZÓN/PÉREZ CASTRO, *Curso de criminología*, pág. 21, dicen que la macrocriminalidad “Es el conjunto de hechos graves que producen extrema-

ejemplo: los delitos de tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, trata de migrantes ilícita, venta de medicamentos falsos o adulterados, tráfico de armas, cibercrimen y delincuencia informática y tráfico de recursos naturales, entre muchos otros, que tienen amplios efectos sobre bienes jurídicos colectivos, como la seguridad pública, la salud pública, el orden económico social, etcétera.

La finalidad de realizar estos delitos graves es obtener de manera directa o indirecta activos, bienes o beneficios ilícitos. Como ha sido puesto de presente, la macrocriminalidad y la criminalidad organizada toman ventaja de complejos fenómenos como la libertad de mercado, los mecanismos de seguridad de la identidad digital y los avances tecnológicos, así como de las deficientes condiciones económicas y de seguridad de los Estados, para impedir (de manera activa o pasiva) el cibercrimen (y otros delitos). De manera que estas organizaciones realizan delitos altamente lucrativos con un coste operativo muy bajo, afectando de manera grave la economía legal de los Estados o de los grupos regionales, debido a las estrechas conexiones e influencias que estas organizaciones logran concertar en todos los niveles del mercado nacional e internacional, las empresas y la política¹⁹. Final-

da pluralidad de víctimas [...] Se caracteriza por crueldad excepcional, difusa amenaza para el cuerpo social, profundo desorden en la comunidad y la concurrencia de males diversos”, *Ibid.*, Definen el macrodelito como “[...] una especie de criminalidad oculta. Tiene como rasgos principales su carácter de no denunciante, ser prácticamente indemostrable, hallarse implicada políticamente y generar temores [...]”; REYES ECHANDÍA, *Criminología*, págs. 161 y 162.

¹⁹ Sostiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas”, pág. 82, que “[...] el proceso de la colectivización de las relaciones sociales ha supuesto también la colectivización de la actividad criminal. La globalización le ha supuesto un paso más en su desarrollo, adquiriendo carácter internacional las actividades delictivas en el juego de oferta y demanda de objetos y servicios ilícitos de un país a otro. *Los tráfico ilícitos internacionales, de los que nos estamos ocupando, comportan relaciones en redes de colaboración para la ejecución de los mismos, en lo que respecta a la obtención del bien ilícito, los medios de transporte, la compra y venta de los objetos ilícitos, provisión de bienes para el mantenimiento de la estructura criminal, etc., sin olvidar que en muchos casos se requiere además colaboración de operadores policiales y judiciales, contratación de profesionales especializados, etc. En suma, todo esto necesariamente requiere una organización. El hecho de que no*

mente, recuérdese que estos delitos deben configurar legalmente injustos de organización criminal²⁰, que afectan en mayor medida la seguridad de las relaciones sociales, por lo cual, en teoría comportan un mayor desvalor de resultado o un mayor peligro en abstracto para la sociedad, con todas las críticas que ello admite desde la perspectiva del principio de ofensividad material (CP, artículo 11).

Al respecto, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ considera que “La transnacionalización de la criminalidad organizada es el rasgo característico de la nueva y gran criminalidad organizada. Su expansión por el mundo globalizado le ha abierto nuevos mercados, y con ello, le ha proporcionado la oportunidad de comercializar nuevos bienes y servicios prohibidos; además, le ha permitido las alianzas con otras formas de criminalidad, intercomunicándose, en un proceso de sinergia que se dinamiza dentro de la avidez por el lucro ilícito²¹. Y agrega que “La criminalidad organizada se dedica en general a los tráfico ilícitos, esto es, a la producción, transporte y comercialización de mercancías prohibidas. Por eso sus actividades delictivas se centran en los tráfico que le resultan más rentables en el mercado ilegal (mayor ganancia y menor riesgo posible) [...]”²².

En cuanto a las características de la delincuencia *transnacional*, las disposiciones de la Convención de Palermo (artículo 3.2) enlistan las siguientes hipótesis²³:

siempre sea posible verificar la existencia de la organización, no significa que no la haya” (cursivas por fuera del texto original).

²⁰ *Ibid.*, págs. 84 y ss. Precisamente, POLAINO-ORTS, “Organizaciones y grupos criminales”, pág. 563, señala que “Se les llama delitos de organización porque el injusto consiste, precisamente, en la conformación de una organización idóneamente delictiva, esto es: una empresa idónea para cometer delitos y cuya finalidad es la comisión de futuros injustos”.

²¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, pág. 156.

²² *Ibid.*, pág. 165.

²³ Ampliamente, véase: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas”, págs. 92 y ss.

a) Cuando la conducta sea cometida en más de un Estado. Según la doctrina, debe tratarse de delitos que puedan ser cometidos como procesos ilícitos complejos, esto es, cuya ejecución sea posible fragmentar en distintas acciones parciales o escalonadas, siempre y cuando intervengan varias personas asociadas y coordinadas para tales efectos. b) Que el delito se cometa dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control (actos preparatorios) se realice en otro Estado. En esta hipótesis, la actividad delictiva de la organización criminal trasciende las fronteras locales, para convertirse en un delito de carácter internacional, bien por su acción (u omisión impropia) o por los efectos jurídicos que comporta (resultados o peligros). c) Que los delitos se cometan dentro de un solo Estado, pero impliquen la participación de una organización criminal que realiza actividades delictivas internacionales. En este caso, no es la actividad la que otorga la naturaleza transnacional al delito grave, sino que debe apreciarse el mismo carácter de la organización que los realiza con ánimo lucrativo a nivel transnacional. d) El delito se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. En esta situación, el proceso criminal realizado en un determinado lugar tiene efectos relevantes en otro Estado, con independencia de la nacionalidad de las víctimas u ofendidos con las conductas criminales. Cualquiera de estas posibilidades, unidas a las mencionadas en materia de organización, dará lugar a hablar de *criminalidad organizada transnacional*, pública o privada.

Ahora bien, según lo afirman la doctrina especializada y la Organización de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC), una de las nuevas modalidades criminales que se ajusta a las características de la criminalidad *organizada, transnacional y corporativa*, tal y como ha sido definida por la Convención de las Naciones Unidas (Palermo, 2000), es el **cibercrimen en sentido estricto**²⁴ e incluso algunas modalidades de delitos informáticos en sentido amplio de gran lesividad internacional, como ocurre con la porno-

²⁴ ROVIRA DEL CANTO, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, pág. 187. También POSADA MAYA, *Aproximación a la criminalidad informática en Colombia*, págs. 21 y 22, especialmente págs. 19-20: cree que son “Conductas que generalmente comportan, no solo amenazas contra la propiedad, la integridad, la disponibilidad y la confiabilidad de los datos o la información informatizada, sino también atentados contra la intimidad personal, los derechos de autor o la seguridad”; *id*, *El delito de transferencia no consentida de activos*, págs. 216.

grafía infantil, los delitos de lavado de activos, la propiedad intelectual, el tráfico de drogas, la trata de personas, la inmigración ilegal y el terrorismo, etcétera²⁵. En este sentido, dicho organismo ha dicho, con mucho criterio, que “La delincuencia cibernética abarca varios sectores, pero uno de los más lucrativos es el hurto de identidad, que genera alrededor de 1.000 millones de dólares por año. Los delincuentes aprovechan cada vez más la Internet para sustraer información privada, ingresar a cuentas bancarias y obtener detalles de las tarjetas de pago en forma fraudulenta”²⁶, en diferentes partes del mundo. Debido a ello, no es casual que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ afirme que “La llamada cibercriminalidad (*computer crime*), en expansión con el desarrollo y universalización de internet por el orbe, es el espacio idóneo para realizar conductas delictivas amparadas por el anonimato, la ubicuidad y, sobre todo, por tratarse de un ámbito prácticamente desregulado en la medida que no pueden ser objeto de leyes nacionales”²⁷.

En todo caso, el mayor inconveniente para determinar si el cibercrimen es realmente un delito organizado y transnacional, radica en el argumento expuesto por un sector importante de la doctrina que considera, no solo que el cibercrimen no es una categoría delictiva autónoma o propia, que protege un bien jurídico intermedio e independiente como la *seguridad de*

²⁵ CONSEJO DE EUROPA: Convención sobre el Cibercrimen, Budapest 23 de noviembre de 2001 y Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013. Precisamente, el Reporte Explicativo de la Convención de Budapest, § 79, señala que son delitos comunes realizados por medios informáticos, aquellos previstos en el título 2, artículos 7 a 10, es decir, los delitos de: *Falsedad informática* (artículo 7), *Defraudación informática* (artículo 8), *Delitos asociados con la pornografía infantil* (artículo 9) e *Infracciones de copyright y derechos asociados* (artículo 10); los demás delitos son verdaderos cibercrímenes en sentido estricto. UIT, *Understanding Cybercrime*, pág. 11; WALL, *Cybercrime*, pág. 221.

²⁶ UNODC, *Delincuencia organizada transnacional - La economía ilegal mundializada*, pág. 2. También lo ha hecho la EUROPOL, véase <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/crime-areas/cybercrime> De igual manera se advierte en estudios recientes de la UNIÓN EUROPEA, como el SOCTA 2017, págs. 28 y ss.

²⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas”, pág. 65.

la información, sino que, por el contrario, este tipo de conductas se reducen a modalidades especiales de delitos tradicionales no muy significativos, que simplemente utilizan como medio ejecutivo los sistemas informáticos, facilitando su comisión y dificultando la defensa de las víctimas; delitos que comportan, sin duda, un mayor desvalor de acción objetivo. Con semejante punto de partida, este planteamiento confunde el cibercrimen con los delitos informáticos en sentido amplio o delitos computacionales, siguiendo una vieja terminología en esta materia.

En la actualidad sobran razones para sostener que esta reducción conceptual no solo es anacrónica y claramente acientífica, sino que desconoce las verdaderas características y el alcance real de los cibercrímenes o **delitos informáticos en sentido estricto o propio**, que se distinguen, en primer lugar, por proteger de manera prevalente la *seguridad de la información, datos o sistemas informáticos* (lo que incluye la seguridad de las funciones informáticas, esto es, la **confiabilidad/confidencialidad** (calidad, pureza, idoneidad y corrección), **la integridad**, **la disponibilidad**, **el no repudio** de los datos y los sistemas informáticos protegidos y **la recuperación de información**, sin perjuicio de proteger subsidiariamente otros bienes jurídicos tutelados); y, en segundo lugar, por ser modalidades especiales realizadas de modo virtual en un lugar deslocalizado y desregulado como el ciberespacio, *entendido como una realidad simulada que solo existe en la red de sistemas*. Ello indica, por consiguiente, que se trata de acciones virtuales reactivas y no lineales que, realizadas por usuarios conectados (con o sin privilegios), recaen sobre infraestructuras informáticas (compuestas por hardware y software), pueden producir resultados inmateriales de carácter lógico o digital.

Dicho lo anterior, el presente trabajo tiene la finalidad de analizar, luego de efectuar algunas consideraciones generales (I), si el cibercrimen o los delitos informáticos en sentido estricto, tal y como han sido definidos en este aparte, cumplen con los presupuestos que la normativa internacional y la doctrina han propuesto para considerar si un determinado cibercrimen es organizado y transnacional, es decir, si realmente hace parte de la *una gran empresa multinacional del cibercrimen*²⁸ (II). El texto finaliza presen-

²⁸ SCHELLING, "Economics and criminal enterprise, págs. 244-260.

tando algunas consideraciones a título de conclusión (III) y la bibliografía consultada (IV).

2) Cibercrimen y criminalidad organizada transnacional. Elementos y desarrollo

Es evidente que la cibercriminalidad resulta una fenomenología delictiva reciente, si se considera que los primeros estudios dogmáticos sobre el tema datan de mediados de los años 70 en Europa y de principios del siglo XXI en nuestro país²⁹. Por cierto, la primera figura delictiva informática en Colombia fue prevista en el Código Penal (en adelante CP) de 2000, artículo 195, como *Acceso abusivo a sistema informático*³⁰, y solo hasta la promulgación de la Ley 1273 de 2009 se introdujo un conjunto (para nada completo o terminado) de ciberdelitos y delitos asociados a la informática en el capítulo VII *bis* (artículos 269A y ss.), que buscan proteger la seguridad de los datos³¹, la información y los sistemas informáticos³². No hay duda que estas modalidades delictivas comienzan a plantear una verdadera revolución teórica en el ámbito del derecho penal y procesal penal, pues no solo comportan una nueva forma de abordar la teoría de la conducta punible y la imputación procesal³³, sino también, porque son la expresión

²⁹ TIEDEMANN, "Criminalidad mediante computadoras", págs. 481 a 492.

³⁰ El artículo 195 del CP (declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-913 de 2010), denominado *Acceso abusivo a un sistema informático*, decía literalmente: "El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años".

³¹ CONVENCION DE BUDAPEST de 2001 contra el Cibercrimen, artículo 1, b); Directiva 2013/40/UE, el artículo 2, b).

³² Reporte Explicativo de la Convención de Budapest de 2001, § 23; CONVENCION DE BUDAPEST de 2001 contra el cibercrimen, artículo 1, a); Directiva 2013/40/UE, artículo 2, a).

³³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, Prólogo, págs. XI y ss.; VIADA, *Derecho penal y globalización*, pág. 38; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 37 –cita 57.

de un nuevo modelo social: *la sociedad del riesgo y la seguridad digital*³⁴, en la cual, los sistemas informáticos y la información constituyen elementos protagónicos del adecuado desarrollo de los profundos y complejos procesos de transformación social, comunicativa y económica de la sociedad y las personas.

Por esta razón, la doctrina mayoritaria coincide en que las ventajas tecnológicas también conllevan nuevos riesgos sociales digitales (ciberterrorismo, criminalidad transnacional, daños de infraestructura crítica, etcétera) y nuevas formas para realizarlos en el marco de una interacción que es producto de una globalización innovadora³⁵. Dos de estas formas complejas son, como se anotó, la criminalidad organizada y la criminalidad transnacional. En lo que sigue, se examinan frente al Cibercrimen las exigencias señaladas en el aparte anterior.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, pág. 28; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 276. Aunque hay que reconocer con VIADA, *Derecho penal y globalización*, pág. 32, que “[...] la relación entre seguridad y globalización nos enfrenta a una paradoja. Por un lado, en el mundo global el concepto de seguridad está íntimamente ligado a la percepción del riesgo que, además de tener un alto componente cultural y ser fácilmente manipulable, hace aumentar la exigencia de seguridad por parte de los ciudadanos y, en consecuencia, permite una amplia impunidad en la acción de los Estados contra dichos riesgos. Pero por otro lado, los riesgos globales son impredecibles y, por tanto, no pueden prevenirse, con lo que los Estados se muestran ineficaces a la hora de prevenirlos. A pesar de ello, los Estados se aferran al paradigma de la guerra preventiva tanto en el ámbito internacional como el ámbito nacional, con graves consecuencias para la libertad y los derechos de todos”.

³⁵ HALPIN/TREVORROW/WEBB/WRIGHT, *CyberWar, NetWar and the revolution industrial military affairs*, págs. 72 y ss.; MIRÓ LLINARES, “La cibercriminalidad 2.0: Falacias y realidades”, págs. 56 y ss.; MORÓN LERMA, “Nuevas tecnologías e instrumentos internacionales. Consecuencias penales”, págs. 35 y ss.; UIT, *El cibercrimen*, págs. 10 y ss.

A) La seguridad informática Vs derecho penal. Una eficacia punitiva puesta en duda

Resulta evidente que las penas dispuestas en la ley para sancionar los delitos informáticos, en particular cuando se comparan con las penas restrictivas de otros derechos (como la inhabilitación para dedicarse a profesiones relativas a sistemas de información o informáticos, o al comercio por este tipo de plataformas tecnológicas: CP, artículo 269 H, num. 8), indican la necesidad de replantear en términos preventivos el sistema de sanciones físicas para estas figuras virtuales, de manera que se apliquen verdaderas sanciones efectivas, necesarias, proporcionales y razonables (CP, artículo 3). Esto exige reconocer que, en general, la intervención punitiva del Estado resulta menos efectiva y más limitada para evitar este tipo de afectaciones individuales y sociales, que las técnicas de seguridad informática basadas en la gestión de riesgos para el funcionamiento confiable de los procesos de seguridad digital, y el diseño de reglas acordadas y soportes de monitoreo y pronóstico que permitan proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos³⁶. La razón es muy sencilla, *la seguridad de la información, la seguridad informática y la ciberdefensa*, son técnicas informáticas y recursos de carácter preventivo y reactivo que permiten gestionar la protección adecuada de las prácticas entre los hombres, su entorno y las nuevas tecnologías³⁷. En este sentido, CANO afirma que:

³⁶ Varios autores ponen de relieve la importancia de dichas medidas en materia de disuasión, prevención, detección, minimización de efectos y cumplimiento de exigencias legales, así: GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pág. 622; ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, pág. 40; SIEBER, *Criminalidad informática: Peligro y prevención*, págs. 16 y ss., 34 y ss.; *id.*, *Documentación para una aproximación al delito informático*, págs. 83 y ss.

³⁷ Precisamente, el CONPES 3858 de 2016, *Política nacional de seguridad digital*, pág. 88, señala que la *Ciberseguridad* “es el conjunto de recursos, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión del riesgo, acciones, investigación y desarrollo, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse buscando la disponibilidad, integridad, autenticación, confidencialidad y no repudio, con el fin de proteger a los usuarios y los activos de la organización en el Ciberespacio”. Dicho documento, agrega *ibid.*, pág. 24, que la *gestión de riesgos de seguridad digital* “es el conjunto de actividades coordinadas dentro de una organización o entre organizaciones, para abordar el riesgo de seguridad digital, mientras se maxi-

En una sociedad hipercomunicada y con sobrecarga de información, intentar “controlar” la información para que no fluya es una teoría efímera que no es posible alcanzar, toda vez que lo natural del ser humano es comunicarse, encontrarse con el otro y sobre manera compartir. Por tanto, se precisa cambiar el modelo de protección de la información clave de las personas y empresas, superando las ideas exclusivas de restricción y castigo, por otras que vinculen a las personas y sus propios intereses, motivando una reflexión por impactos y transformando comportamientos específicos, haciendo estos últimos más resistentes y alertas a los cambios y situaciones adversas³⁸.

Hay que recordar que no estamos combatiendo riesgos materiales propios del siglo XX, derivados de delitos físicos o “analógicos”, sino de verdaderos peligros generados por la metodología virtual empleada por los cibercriminales en el marco de una realidad simulada como el *ciberespacio*, para conseguir nuevos mercados delictivos, rutas criminales y adquirir poder político y económico. De tal suerte que la prevención en realidad juega un papel muy significativo, y si se quiere definitivo, para la adecuada protección temprana de la seguridad de la información, los datos y los sistemas informáticos, en particular cuando estas afectaciones inmateriales son el producto de una actividad subrepticia criminal realizada por organizaciones complejas que operan a nivel nacional e internacional, y que emplean los engaños propios de la *ingeniería social*³⁹.

mizan oportunidades. Es una parte integral de la toma de decisiones y de un marco de trabajo integral para gestionar el riesgo de las actividades económicas y sociales. Se basa en un conjunto flexible y sistemático de procesos cíclicos lo más transparente y lo más explícito posible. Este conjunto de procesos ayuda a asegurar que las medidas de gestión de riesgos de seguridad digital (medidas de seguridad) sean apropiadas para el riesgo y los objetivos económicos y sociales en juego”.

³⁸ CANO MARTÍNEZ, *Manual de un Chief Information Security Officer*, pág. 129.

³⁹ ARBOLEDAS BRIHUEGA, *BackTrack 5*, pág. 209, afirma que la ingeniería social consiste en “[...] engañar a un usuario llevándolo a pensar que un administrador del sistema le solicita una contraseña para algún propósito legítimo: crear una cuenta, reactivar una configuración, etcétera”. Según el autor, pág. 211, el *Phishing* se compone de varios pasos: 1. Identificación de la víctima; 2. Reconocimiento y obtención de información. 3. Creación de un escenario creíble. 4. Ejecución del

Por ello es necesario, con cierta urgencia, disponer de infraestructuras y herramientas que les permitan a las personas y organizaciones (empresariales, estatales, sociales y económicas) analizar de manera integral la seguridad de los sistemas de información que utilizan, con el propósito de corregir sus vulnerabilidades o sus fallos de seguridad. Aspectos que permitirán reducir no solo la probabilidad de lesión o peligro contra la seguridad colectiva de la información, sino también estandarizar medidas de verificación, control, autenticación y seguridad eficaces contra los ataques cibernéticos. En el plano empresarial ello exige que las organizaciones redefinan la gestión de seguridad de la información digital como proceso misional, en vez de mantenerlo como una gestión de apoyo para la prestación de sus servicios.

B) El método del Cibercrimen transnacional: una doble metodología

Mientras que los delitos organizados transnacionales clásicos (tráfico de drogas, lavado de activos, etcétera) deben cumplir con todos los requerimientos propuestos por la doctrina y los instrumentos internacionales para ser considerados como tales en sentido jurídico y criminológico, los cibercrímenes, además de estas exigencias (en particular la continuidad delictiva), deben ser realizados cumpliendo con lo que se ha denominado como el *método digital*, que precisamente exige que los comportamientos delictivos (entendidos como verdaderas instrucciones informáticas) recaigan sobre los datos, la información, los sistemas informáticos y las infraestructuras informáticas, afectando los procedimientos que recaen sobre la confidencialidad/confiabilidad, disponibilidad, integridad, el no repudio y la recuperación de datos e información, etcétera.

Más allá, obsérvese que los actuales cibercrímenes y los delitos informáticos (en sentido amplio) utilizan estos dos métodos de manera complementaria, que resultan ampliamente favorecidos por un factor virtual desregu-

ataque bajo confianza. Y 5. Salida del atacante-; MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, págs. 72 y ss. (Modalidades de *Phishing*, pág. 76; WALL, *Cybercrime*, pág. 59).

larizado como *el ciberespacio*⁴⁰, que al ser deslocalizado territorialmente, demanda la existencia de una conexión virtual y que el usuario domine no solo el sistema o la infraestructura informática, sino también el proceso de tratamiento de la información.

Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente teórico, la cibercriminalidad comparte con las demás modalidades delictivas organizadas y transnacionales el hecho de ser castigadas mediante técnicas de tipificación de dudosa legitimidad político-criminal, como el empleo de tipos de peligro en abstracto y el abuso de elementos normativos y de supuestos de hecho en blanco⁴¹, con lo cual, en esta clase de delitos difícilmente se puede distinguir entre lo lícito de los actos preparatorios y lo ilícito de los actos ejecutivos. Asimismo, subyace a todos estos detalles el hecho de ser delitos reiterados, automáticos y de acción programada en el mundo virtual que, como ha quedado dicho, pueden tener efectos (de resultado o peligro) en diferentes partes del mundo.

⁴⁰ Precisamente, KENNEDY/IRVIN-ERICKSON/KENNEDY, *Transnational Criminology and counterterrorism global threats and local responses*, pág. 37, dice que “The reality is that cyberspace is unregulated and chaotic. As no one owns it, no one truly regulates it. There have been efforts made by policy makers to address this chaos but at the computers networks are global, it is only through international agreements that anything can really be done. In the meantime, it is simply up to corporations and government agencies to ensure that their own networks are secure. This is daunting task but there are things that can be done while waiting for regulation to catch up to the development in this area given the clandestine and borderless nature of cyber-threats, a collaborative response strategy informed by research is essential for an effective cybercrime strategy”.

⁴¹ Con matices, sobre estos elementos y sus diferencias, véase CSJ, SP 14190-2016, Rad. 40089, MP: JF ACUÑA VIZCAYA. Igualmente, la Sent. CSJ, SP14302-2016 del 05/10/2016, Rad. 41517, sostiene que el delito hurto por medios informáticos es un delito en blanco. POSADA MAYA, *El delito de transferencia no consentida de activos*, pág. 217, señala que esta “técnica de intervención legislativa se considera abusiva, “porque lesiona garantías fundamentales y encubre los verdaderos intereses políticos y económicos protegidos por la norma jurídico-penal, ya que anticipa las barreras de protección del derecho penal vigente y castiga actividades preparatorias de infracción a la seguridad y al control, mediante una intervención máxima del sistema penal”.

C) Cibercrimen: un modelo individual, grupal o por organizaciones

De lo dicho hasta ahora se infiere que el cibercrimen es un fenómeno criminal realmente complejo y técnico, que ha sido valorado de manera tradicional –e incluso equivocada– como un conjunto de operaciones informáticas realizadas de manera individual, oculta y aislada por hackers/crackers o saboteadores profesionales (privados o pertenecientes a organizaciones estatales). Sin embargo, la realidad demuestra que la mayoría de los ataques informáticos son ejecutados en contextos autónomos, expansivos y estructurados por verdaderas bandas⁴², grupos⁴³ u organizaciones criminales⁴⁴ –incluso aparatos organizados de poder–, conformados por más de tres personas asociadas (que incluso emplean mercenarios) u otro tipo de subalternos difícilmente fungibles debido a sus habilidades técnicas. Se trata de asociaciones que utilizan códigos comunes de conducta, con una distribución concertada de los aportes relevantes al crimen, usualmente secretos, anónimos y estables; funciones que suelen ser supervisadas por un nivel central y controladas por un reglamento disciplinario interno⁴⁵.

⁴² REYES ECHANDÍA, *Criminología*, págs.163 y 164.

⁴³ PÉREZ PINZÓN/PÉREZ CASTRO, *Curso de criminología*, pág. 47, un grupo “Es una pluralidad de personas que se caracteriza por ser estructurada, tener continuidad, funciones recíprocas conforme a determinadas normas, compartir intereses y valores, y perseguir finalidades comunes. Comporta cohesión, identidad y jerarquía, tácita o expresa, entre sus miembros”. Los grupos criminales también son definidos, por ejemplo, en el Código Penal Español, artículo 570 ter. 1, párrafo último, de la siguiente manera: “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

⁴⁴ Las organizaciones criminales son definidas, por ejemplo, en el Código Penal Español, artículo 570 bis. 1., 2º párrafo, así: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

⁴⁵ En relación con las características de la organización criminal transnacional, véase KSHETRI, *The global Cybercrime industry: Economic, institutional and*

Ahora bien, este tipo de organizaciones criminales generalmente cuentan con varias características⁴⁶: *Primero*. Desde el punto de vista de su configuración estructural, éstas pueden tener mayor autonomía, capacidad de acción y alcance tecnológico en distintos niveles. Así, pueden ser organizaciones rígidas y jerárquicas (como los ejércitos), organizaciones celulares asimétricas con autonomía centralizada o descentralizada en niveles (como los grupos terroristas y las empresas criminales en red), que incluso pueden utilizar mercenarios digitales o atacantes independientes. En muchos casos se trata de **organizaciones virtuales transnacionales** u OVT, con características criminales empresariales o comerciales que se auto legitiman y se renuevan con los avances tecnológicos, y que operan según la oportunidad de obtener mayores beneficios con sus actuaciones.

Segundo, los delitos graves realizados de manera directa o indirecta por esta clase de organizaciones estructuradas solo tienen sentido a partir de una clara distribución de funciones criminales –horizontal y/o vertical–, que se guían por esquemas teleológicos, por ejemplo, por una finalidad de lucro⁴⁷. Desde luego, esta distribución de funciones cambia la perspectiva del análisis respecto de la responsabilidad penal de los sujetos que hacen parte de la organización criminal, al momento de fijar el codominio informático de los delitos en el ciberespacio, o el dominio del hecho de los delitos informáticos cometidos por fuera de él.

strategic perspectives, pág. 196, sobre los grupos criminales y la reinención de los modelos de negocios; *id.*, *Cybercrime and cybersecurity in the global South*, págs. 146 y ss.; SERPA GUIÑAZÚ/RICARDES, (Coord.), *Delincuencia transnacional organizada: Lavado de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo*, págs. 13 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, págs. 59 y ss.; 128 y ss.; y 269 y ss.

⁴⁶ JARAMILLO RESTREPO, “Organizaciones criminales: Bases para una teoría general”, págs. 447-533.

⁴⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, pág. 59, señala, al analizar la finalidad programática, que “la existencia de una organización supone la unión para conseguir un fin común. Esto es, si bien cuando hablamos de criminalidad organizada estamos ante la comisión de delitos graves, éste no es el fin último, sino que normalmente hay otra finalidad económica o política, que es la que realmente da cohesión a la organización. Toda organización criminal, estructura, medios, se funcionaliza hacia un fin general [...]”.

Tercero. Las OVT también se caracterizan por realizar ataques distribuidos y utilizar redes de colaboradores conscientes e inconscientes, nacionales e internacionales, en la realización de los ciber-delitos, quienes incluso ven afectados (como víctimas materiales) sus sistemas informáticos de manera no consentida en cualquier parte del planeta. Naturalmente, este tipo de redes “Zombi” juegan con la exclusión social de un mundo hiperconectado y le demuestran al Estado su incapacidad real y su vulnerabilidad para prevenir el crimen tecnológico, sobre todo frente a ataques masivos y automatizados que de la negligencia o desprotección efectiva de los usuarios de la Red. Es significativo que en la práctica sean organizaciones criminales que actúan mediante alianzas funcionales (colectivismo informático nacional e internacional organizado), no solo por razones demuestran protección, sino también para difuminar la responsabilidad penal de los atacantes en la estructura criminal, facilitar la comisión de estos delitos y potenciar el alcance de los efectos de esta clase de conductas transnacionales, encubriendo y dificultando el rastreo de las actuaciones e instrucciones informáticas de los atacantes.

Cuarto. Estas organizaciones estructuradas se adaptan fácilmente a los distintos modelos sociales, dominantes o no, y a los diferentes procesos de globalización económica, política y comunicativa. Recuérdese que estas modalidades de asociación criminal también pueden ser de naturaleza estatal (cuando realizan actividades de inteligencia o cobertura de información) u otros órganos enquistados en aparatos del Estado o del sector real.

Quinto. Estas estructuras también realizan delitos técnicos, virtuales y graves en el *ciberespacio*. Hay que reiterar que los cibercrimenes pueden ser, o **verdaderos delitos globales** realizados mediante canales flexibles e innovadores (correo electrónico, redes sociales, aplicaciones, etc.), o bien delitos individuales; en ambos casos como conductas *deslocalizadas* o *desubicadas físicamente* que ocurren en un ámbito de interacción lógica que puede tener origen en distintos espacios geográficos y producir múltiples efectos en distintos países, no obstante que el usuario conectado, que domina objetiva y positivamente el sistema informático, pueda estar en un país determinado. Esto significa que el ataque, a pesar de tener origen en un Estado determinado y efectos en otro, también puede tener lugar entre diversos servidores localizados en distintos países o en

un lugar desconocido, lo que permite pensar en la comisión de cibercrimenes en multiniveles (virtuales, físicos y virtuales).

Naturalmente, ello demanda en el futuro cercano una profunda reestructuración dogmática y político-criminal de los delitos de asociación ilícita o de concierto para delinquir en el ciberespacio, que reconozcan el cambio de estas organizaciones de un espacio analógico a otro digital. En fin, también es posible advertir la existencia de organizaciones de doble naturaleza (analógicas-digitales), con tendencia a la internacionalización o a la globalización del crimen.

D) El cibercrimen busca provecho económico, directo o indirecto, mediante la explotación de mercados ilícitos, dinámicos, digitales y asimétricos

Las modernas organizaciones, además de estar diseñadas como redes criminales flexibles que actúan de manera concertada o jerárquica, se caracterizan por desenvolverse en mercados de capital especializados para financiar⁴⁸ su actividad criminal. También se acepta que su propósito esencial es la obtención de datos, su compilación y venta; uso, defraudación y extorsión empresarial o comercial; la realización de ataques y sabotajes informáticos, ciberterrorismo, lavado de activos, narcotráfico y venta ilícita de medicamentos y órganos humanos, violaciones masivas al *copyright*, etcétera. Un propósito que encuentra un espacio productivo en lugares virtuales desregulados como la Web profunda o *Deep web*.

⁴⁸ CANO MARTÍNEZ, *Manual de un Chief Information Security Officer*, pág. 44, dice que “[...] la “generación de valor” en el modelo de los ciber criminales se materializa de manera concreta, dado que son capaces de alinear sus métodos y estrategias con las expectativas de sus clientes y las demandas del mercado. De igual forma, los efectos de sus acciones y resultados adquieren un valor en sí mismos, dados los impactos revelados y declarados por los afectados, que hacen aún más relevante y deseada la información obtenida”; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, págs. 211 y ss.; KSHETRI, *The global Cybercrime industry: economic, institutional and strategic perspectives*, págs. 1 y ss., se refiere ampliamente a la industria del cibercrimen.

No hay que perder de vista que el cibercriminal conoce lo ilícito de su actuar y que los riesgos de tales comportamientos suponen plusvalías en el precio real de los delitos en el ‘mercado criminal’, por lo que, como se dijo, en la mayoría de los casos estas estructuras organizadas actúan bajo programas políticos y económicos muy precisos. Según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ:

[...] la estrategia general de la criminalidad organizada consiste en *ubicar sus funciones de gestión y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, controlando de manera relativa el entorno institucional, mientras que buscan los mercados preferentes en las zonas de demanda más rica, a fines de cobrar precios más altos* [...] Siempre el mecanismo es el mismo: identificar un bien o servicio ilícito, su demanda y su oferta en el mercado mundial, para comercializarlo con redes de personas, funcionarios, profesionales, empresas, instituciones y hasta estados a su servicio (cursivas por fuera del texto original).

En cualquier caso, hay que advertir la existencia de alguna variación, como sucede con ciertos grupos terroristas organizados y transnacionales, cuyo propósito principal no es el ánimo de lucro (aunque necesitan obtener financiación), sino la realización de delitos transnacionales por convicción política, ideológica, religiosa, económica o algunas de ellas al mismo tiempo.

E) Bajo costo operativo vs. grandes ganancias ilícitas

Así mismo, se puede afirmar que las ganancias ilícitas obtenidas por las OVT hacen del cibercrimen organizado y transnacional una modalidad delictiva muy rentable, que produce daños a gran escala con muy bajo costo operativo. Debido a ello, los delitos tecnológicos se consideran parte de la ‘macrocriminalidad’ dinámica, es decir, de aquella criminalidad que produce enormes daños y es difícil de rastrear. Incluso resulta evidente que estas ganancias permiten a los grupos criminales tener la capacidad de im-

plementar técnicas de corrupción pública o privada⁴⁹ para obtener *beneficios extrapositionales*⁵⁰ y establecer mercados criminales en diversos países.

Además, la búsqueda de ganancias ilícitas promueve el uso de instrumentos digitales como el dinero virtual, que permiten ocultar el producto del delito mediante múltiples técnicas de lavado que, a su vez, se convierten en la materia prima que posibilita la existencia y expansión de la criminalidad transnacional y las OVT, al menos en tres aspectos complementarios: (i) El incremento de grupos criminales organizados (jerárquico o en red) en el ciberespacio; (ii) un aumento de las modalidades criminales realizadas, y no solo fraudes informáticos, según el modelo de negocio empleado por los cibercatacantes; y (iii) una ampliación de los criminales digitales según su clase, esto es, profesionales, accidentales, ocasionales y grupales, etcétera.

⁴⁹ MALEM SEÑA, *La corrupción*, pág. 35, indica que los actos corruptos son “aque- llos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de dis- creción con el objeto de obtener un beneficio extrapositional, cualquiera sea su naturaleza”; SOBÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, pág. 16, afirma que la corrupción es “[...] la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido. / En el caso de la pública es, sencillamente, la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este define del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional [...]”.

⁵⁰ GARZÓN VALDÉS, “Acerca del concepto de corrupción”, págs. 24 y 27, en la últi- ma de las cuales señala que “El corrupto, si quiere conservar el carácter racional de su actividad, tiene pues que practicar un juego doble con objetivos recípro- camente opuestos: el de la conservación del sistema normativo relevante y el de la obtención de los beneficios extrapositionales, violando este mismo sistema”. “Dicho con otras palabras, el problema práctico con el que se ve enfrentado el corrupto es el de cómo conciliar la existencia simultánea del sistema normativo relevante y del subsistema de corrupción que tan provechoso le resulta”. E ídem, pág. 143: “Mientras exista la posibilidad de lograr beneficios e influencias extra sistemáticos violando las reglas del juego siempre habrá el peligro del sometimiento a los poderosos y de la corrupción”.

F) Víctimas

Como ocurre en la gran macrocriminalidad, los cibercrímenes se distin- guen por generar grandes cantidades de víctimas en todas las clases so- ciales, tanto de naturaleza individual como personas jurídicas privadas o institucionales. Es importante reiterar que las víctimas del cibercrimen se caracterizan por ser, en *primer lugar, hipervulnerables*, ya que muchas de ellas no tienen los conocimientos requeridos para tomar medidas de se- guridad mínimas, que les permitan prevenir el peligro del inadecuado uso de sus dispositivos tecnológicos, simplemente porque desconocen procedi- mientos seguros, por la falta de interés en obtener información o seguir las recomendaciones de los expertos en Ciberseguridad. No hay que olvidar, además, que muchas de las víctimas vulnerables usualmente son niños o mujeres sujetos de delitos sexuales (**Grooming**, pornografía infantil, *etcé- tera*); o personas de la tercera edad que no tienen otra opción distinta que utilizar medios tecnológicos para sus actividades cotidianas y que están acostumbradas al uso de las plataformas analógicas.

En segundo lugar, la realidad demuestra que se trata de víctimas dependien- tes de los medios informáticos (*computational dependency*), que usualmen- te utilizan un promedio de cuatro dispositivos electrónicos inalámbricos, y descargan múltiples aplicaciones mensuales sin leer las condiciones legales de uso y servicio. Usuarios que se sienten subjetivamente “seguros e invul- nerables” a pesar de ser este uno de los grandes mitos de la modernidad, impulsado o mantenido por compañías de dispositivos electrónicos que carecen de interés en que los cibernautas y compradores conozcan real- mente la inestabilidad y vulnerabilidad de los dispositivos que fabrican y comercializan, pues perderían credibilidad y confianza en los mercados. Esta errónea creencia de seguridad queda demostrada por el hecho de que los usuarios de *Smartphones*, PC o tabletas, mantienen enormes cantidades de datos personales en la memoria de tales equipos o en las aplicaciones de almacenamiento en la nube, sin estar debidamente protegidos dichos repositorios por aplicaciones o programas de seguridad (antivirus u otros).

Finalmente, *en tercer lugar*, los cibercrímenes, incluso por su carácter transnacional, son realizados usualmente mediante ataques programados

que utilizan redes para infectar sistemas informáticos de manera automática, repetida y masiva, usando herramientas virtuales o *malware*⁵¹ (*Botnets*).

G) Desde el punto de vista metodológico, los cibercrimitos también tienen como base el reconocimiento, la infiltración y la búsqueda de la impunidad

Aunque distan de emplear las metodologías mafiosas tradicionales mediante procedimientos de espionaje o infiltración de personas corruptas en empresas e instituciones. Hoy, los cibercriminales, aunque no abandonan las prácticas de corrupción, utilizan métodos típicamente tecnológicos que implican examinar y explotar las vulnerabilidades o fallas de los sistemas informáticos (mediante el escaneo de sus puertos del *hardware*) y de su *software*, para romper luego las medidas de seguridad dispuestas por sus propietarios o usuarios. Al final, una vez han sido superadas las medidas de seguridad, los atacantes acceden y realizan actividades de sabotaje, delitos de violación de datos personales o defraudaciones patrimoniales cuantiosas.

A lo dicho se añaden otros medios informáticos igualmente peligrosos, como sucede con las fachadas digitales, las plataformas clonadas, las empresas fantasmas o 'instrumentales' y las identidades falsas; o herramientas técnicas que suelen ser de doble vía como el cifrado, el ocultamiento de la IP o la despersonalización de los datos, que permiten no solo proteger la intimidad de las personas, sino también impedir la identificación digital de los criminales cuando estos pretenden ocultar sus propósitos delictivos. En todo caso, hay consenso en que estos métodos, al trascender las fronteras físicas de los Estados y el mercado común, favorecen dos aspectos:

Primero, *la impunidad que rodea a los delitos informáticos* (en sentido amplio y estricto), que obedece a la difícil obtención de la evidencia necesaria para demostrar la ocurrencia de las infracciones criminales. No en vano,

⁵¹ MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, págs. 59 y ss.

la prueba forense especializada representa casi el 60 % del éxito de estos procesos judiciales. Además, este fenómeno se incrementa por las siguientes causas: a) la enorme concentración y circulación de la información registrada en bases y bancos de datos individuales o corporativos (densidad digital); b) el inadecuado procesamiento, transmisión o almacenamiento de la información o los datos por parte de millones de usuarios que interactúan en la Red; c) el abuso de los sistemas informáticos⁵², soportes lógicos, aplicaciones, la ausencia de registros y rastros visibles, y la capacidad de alterar fácilmente las pruebas que demuestran los delitos; d) por la dilución de la responsabilidad individual que comporta el *colectivismo informático organizado*; e) por las amenazas internas que sufren las empresas durante el manejo de la información, en un escenario complejo, evolutivo y asimétrico; f) por las persistentes vulnerabilidades de los sistemas informáticos y los continuos errores en la producción del *software*, que por cierto, al ser utilizado en un ecosistema digital universal, permite ataques masivos a los sistemas informativos a nivel transnacional; y g) por la falta de cooperación internacional efectiva contra el flagelo del cibercrimen⁵³.

La impunidad también se advierte en la falta de castigo de los comportamientos omisivos y culposos que vulneran las funciones informáticas, los sistemas y los datos de las personas. En particular, es notoria la irresponsabilidad penal de los sujetos que administran o dirigen bases de datos cuando omiten ejecutar medidas de seguridad informáticas (o las toman, pero son claramente inadecuadas, defectuosas, inútiles o técnicamente inservibles) para garantizar adecuadamente la disponibilidad, integridad, confiabilidad, no repudio y recuperación de los datos informatizados, especialmente cuando la información de terceros sea de naturaleza privada o sensible.

⁵² POSADA MAYA, "Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia", págs. 14 y 17. Sobre el tema, véase el CONPES 3858/2016, *Política nacional de seguridad digital*, págs. 3 y 31, señala cómo el uso del entorno digital implica riesgos de seguridad que deben ser gestionados ante el incremento de las amenazas en el ecosistema de la economía digital, y en general, en todos los ámbitos económico y social de la sociedad.

⁵³ KENNEDY/IRVIN-ERICKSON/KENNEDY, *Transnational Criminology and counterterrorism global threats and local responses*, pág. 37; VERA QUILODRÁN, *Delito e informática*, págs. 56 y 57.

H) Las características especiales de los riesgos

Dentro de este contexto, los nuevos riesgos digitales producto de los cibercrímenes son automáticos, descentralizados de los titulares de los datos y los sistemas informáticos, anónimos, con efectos masivos, realizados por sujetos o entes organizados y corporativos, etcétera. Así las cosas: a) **Son riesgos automáticos**, pues los cibercrímenes son realizados mediante tratamientos automatizados y programados de datos e información en sistemas informáticos, dentro un mundo virtual que implica una menor actividad humana en la creación, materialización y evitación de los riesgos y sus efectos. b) **Son riesgos descentralizados**, porque la información usualmente circula y se encuentra en poder de terceros que administran enormes bases de datos que comportan peligros que no dependen ni pueden ser evitados por los titulares de la información. c) **Son riesgos anónimos**, porque el cibercrimen se basa en actuaciones (incidentes o ataques⁵⁴) amparados por el anonimato relativo que provee la red. Sin duda, la identidad digital facilita actuaciones lesivas que las personas no harían en la vida física, realizados usualmente en terminales públicas que carecen de control estatal. Y, d) **Son riesgos técnicos** que, aunque pueden ser realizados por cualquier persona, generalmente requieren de un mínimo de conocimientos tecnológicos o técnicos. A ello se añade que el contexto informático avanza a ritmos que superan con creces los avances y enmiendas legislativas en materia penal,

⁵⁴ Según el documento Conpes 3701, habría que tener en cuenta las siguientes definiciones: “**Amenaza: Violación potencial** de la seguridad. (Rec. UIT-T X.800, 3.3.55). **Amenaza informática:** La aparición de una situación potencial o actual donde un agente tiene la capacidad de generar una agresión cibernética contra la población, el territorio y la organización política del Estado. (Ministerio de Defensa de Colombia). **Ataque cibernético:** Acción organizada y/o premeditada de una o más personas para causar daño o problemas a un sistema informático a través del ciberespacio. (Ministerio de Defensa de Colombia). **Incidente Informático:** Cualquier evento adverso real o sospechado en relación con la seguridad de sistemas de computación o redes de computación http://www.cert.org/csirts/csirt_faq.html CERT/CC. **Riesgo Informático:** Posibilidad de que una amenaza concreta pueda explotar una vulnerabilidad para causar una pérdida o daño en un activo de información. (ISO Guía 73:2002)” (subrayado por fuera del texto original).

para la protección de los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social.

Para terminar este aparte, se puede afirmar con BORJA JIMÉNEZ: “Y volvemos a la gran ventaja y a la gran tragedia de la Internet, pues una de las razones fundamentales del éxito y de la expansión de la red en todo el mundo reside en el bajo coste de su utilización, en la oferta ilimitada de los servicios e información, que se encuentra en su seno y en su facilidad para mantener el anonimato entre los distintos servidores y usuarios”⁵⁵.

I) La dañosidad y el alcance de los cibercrimes es catastrófica o masiva

En primer lugar, hay que reiterar que los daños informáticos pueden afectar a todos los posibles escenarios de la vida moderna, tanto de naturaleza civil como militar, los financieros y productivos, de carácter público o privado. En segundo lugar, su blanco predilecto, automático y más sensible son las *infraestructuras críticas* de los países, lo que genera enormes peligros colectivos. Un buen ejemplo de ello es el reciente ataque global de *Ransomware* (obstaculización de datos y sistemas informáticos y extorsión) que, utilizando el malware *Win32.WannaCrypt*, infectó el Windows de los sistemas mediante un *rootkit* que aprovechó sus *vulnerabilidades*⁵⁶ (en particular la descrita en el boletín de seguridad MS17-010 del 14/04/2017). Dicha herramienta, al parecer, fue desarrollada por la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos y utilizada por el grupo *Shadow Brokers*, que realizó más de 95000 ataques que encriptaron el software de entidades públicas y privadas (en particular hospitales) en más de 150 países, solicitando 300 U.S. dólares en *bitcoins* para enviar los códigos que permitieran descifrar la información de los sistemas informáticos. Sin duda es el ataque global más importante de este tipo cometido hasta la fecha.

⁵⁵ BORJA JIMÉNEZ, *Curso de política criminal*, pág. 317. Sobre las perspectivas de regulación del derecho penal, *ibid.*, págs. 317 y 319.

⁵⁶ Según el CONPES 3858 de 2016, *Política nacional de seguridad digital*, pág. 87, una vulnerabilidad “Es una debilidad, atributo o falta de control que permitiría o facilitaría la actuación de una amenaza contra información clasificada, los servicios y recursos que la soportan”.

J) Finalmente, los cibercrímenes son delitos en cadena o escala (delitos de medio a fin)

Están constituidos por un número indeterminado y concatenado de procesos informáticos ilícitos (medio-intermedios o preparatorios), cuyo fin último son los negocios ilícitos que lesionan o ponen en peligro una pluralidad de bienes jurídicos⁵⁷, incluyendo la seguridad de la información. **Ejemplos:** Los delitos de obstaculización del sistema, la violación de datos, la pornografía infantil y los fraudes informáticos, castigan verdaderas cadenas de delitos superpuestos como un desarrollo que sanciona desde la producción o la infiltración, hasta la obtención y comercialización o daño de datos, bienes y servicios. El problema de esta particular técnica legislativa es que dificulta su aplicación práctica por la enorme cantidad de concursos aparentes que comportan los tipos concurrentes.

Como se ve, pues, el cibercrimen puede ser realmente un crimen organizado y transnacional, al cumplir con todos los elementos descritos.

3) Conclusiones

Primero. Una de las formas más complejas de criminalidad es aquella que, además de ser organizada es transnacional, es decir, una criminalidad realizada sobre la base de una asociación criminal de personas que actúan de manera concertada, con división de funciones, de manera jerarquizada o vinculada, con control interno y con una finalidad programática (usualmente permanente) de lucro. Asociaciones estructurales cuya actividad no está localizada en un solo espacio geográfico o en un Estado, sino que trasciende las fronteras nacionales. Además, son organizaciones que usualmente obtienen enormes ganancias que permiten reproducir formas operativas basadas en la corrupción pública o privada. Esta grave forma de afectar los bienes jurídicos protegidos por la

⁵⁷ En general véase. ALBANESE, *Transnational Crime*.

legislación penal ha sido trasladada a los cibercrímenes y a los delitos informáticos en sentido amplio, por manera que en la realización virtual de comportamientos realizados total o parcialmente en el ciberespacio, comienzan a advertirse hipótesis que también cumplen con los requisitos propios de la organización y la transnacionalidad.

Segundo. La cuestión relativa a si los cibercrímenes pueden ser delitos organizados y transnacionales, parte de la necesidad jurídica (pero también político criminal) de reconocer que estos delitos son figuras delictivas autónomas (con excepción de los delitos informáticos en sentido amplio) que, no solo tienen su propio método virtual, digital, deslocalizado, automatizado, etcétera, sino que tutelan su propio bien jurídico autónomo: *la seguridad de la información* y en particular las infraestructuras informáticas en sentido estricto, esto es, la **confiabilidad/confidencialidad** (calidad, pureza, idoneidad y corrección), **integridad**, la **disponibilidad**, el **no repudio** y la **recuperación de información**; sin perjuicio de que ello implique la lesión o la puesta en peligro de otros bienes jurídicos tutelados. Se trata de comportamientos programables que recaen fundamentalmente sobre objetos inmateriales, particularmente los datos, la información, los sistemas informáticos y sus componentes lógicos, que requieren ser tratados por los sistemas informáticos y traducidos a un lenguaje comprensible por los seres humanos que interactúan con la máquina o medio informático.

Tercero. Verificados los requisitos para establecer si un delito se puede considerar como un crimen organizado, se pudo constatar que los cibercrímenes pueden cumplir a cabalidad las características señaladas por la doctrina y la Convención de Palermo. En efecto, se aprecia una realización creciente de cibercrímenes por parte de bandas organizadas, flexibles o rígidas, controladas jerárquicamente (no necesariamente bacrim o aparatos organizados de poder⁵⁸), que utilizan técnicas parecidas al “outsourcing” o a la tercerización con mercenarios especializados (*crackers*), quienes realizan por completo el delito o participan de la distribución de funciones para realizar el crimen en un Estado o en diversos Estados.

⁵⁸ Sobre los casos véase <https://caivirtual.policia.gov.co/#observatorio>

Estas estructuras criminales se pueden denominar como OVT (*organizaciones virtuales transnacionales*), cuya relación directa con su entorno político, económico, e internacional es, por regla general, digital. Sus características principales son:

1) Utilizan complejas técnicas y metodologías para garantizar el anonimato de los agentes que realizan sus operaciones criminales, entre las cuales se advierte el uso de *software* especializado, técnicas de ingeniería social mediante el engaño de usuarios para obtener datos valiosos, y el empleo de cadenas de víctimas por medio de ataques distribuidos y clandestinos que potencian la realización de los delitos. A ello se suma la constante asociación con otras bandas criminales internacionales para dificultar el rastro de sus actividades delictivas.

2) Realizan verdaderos crímenes graves y significativas, agregando a las metodologías mafiosas la técnica virtual, lo que implica que, además de la corrupción, sean utilizadas actividades de infiltración y cifrado para conseguir sus propósitos criminales. De allí que esta nueva generación de delitos haya desplazado en muchos ámbitos a los delitos clásicos (como las transferencias no consentidas de activos a los delitos de hurto simple), o que los delitos clásicos hayan sido reformulados, como sucede con el ciberterrorismo, el ciber-narcotráfico, el ciber-tráfico de medicamentos ilícitos y órganos, el ciberlavado de activos, entre otras conductas punibles.

3) El eje de la mayoría estas organizaciones radica en la intención de obtener directa o indirectamente grandes ganancias ilícitas, con un costo operativo muy bajo en la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios prohibidos, en mercados cada vez más especializados y asimétricos, que encuentran un espacio productivo en la web profunda (*Deep Web*). Sin perjuicio de que existan otras organizaciones que actúan por convicción política, económica, religiosa, etcétera, como sucede con las organizaciones terroristas.

4) Los cibercrímenes realizados por estas organizaciones pueden producir efectos individuales o verdaderos efectos globales, por lo que han sido clasificados como 'macrocriminalidad'. A lo dicho se suma que las víctimas del cibercrimen son hipervulnerables debido al analfabetismo digital, la

carencia de políticas claras de seguridad digital (pública y privada) y a la creciente dependencia computacional.

Y, finalmente, 5) Los delitos cometidos por organizaciones son controlados de manera más eficaz con técnicas de seguridad de información, seguridad informática y ciberdefensa, pues la intervención penal y las penas de prisión realmente son poco efectivas para evitar las lesiones o peligros que comportan los cibercrímenes.

Cuarto. Los cibercrímenes pueden ser verdaderos delitos globales que carecen de límites espacio-temporales, dada la flexibilidad de los canales utilizados para su ejecución. En el primer caso, estos delitos tienen lugar en el ciberespacio, bien porque allí alcanzan sus efectos, o porque en él se desarrollen total o parcialmente los procedimientos informáticos que tendrán efectos inmateriales y virtuales incluso en el *meetspace*. En resumen, son conductas punibles que trascienden las fronteras nacionales, al ser realizados por métodos y en lugares virtuales que existen gracias a los distintos servidores y a las redes de computadores, lo que incluye distintos niveles de actuación criminal. Por ejemplo, es sintomática la capacidad para realizar ataques informáticos a nivel global debido a las vulnerabilidades que sufren los soportes lógicos (*software*) y las aplicaciones utilizadas a nivel global como, por ejemplo: Windows, Excel, etcétera.

Para concluir, tras estas reflexiones críticas es perfectamente posible afirmar que los cibercrímenes (pero también los delitos informáticos en sentido amplio o delitos vinculados a la Web), son categorías delictivas autónomas que pueden cumplir con las condiciones para ser consideradas como delincuencia organizada transnacional, lo que hace de ellos comportamientos todavía más peligrosos para la sociedad de la información, y en particular para esta sociedad digitalmente modificada. Ello exige llamar la atención del legislador nacional, para que diseñe en el futuro una respuesta dogmática y político-criminal transversal contra la criminalidad organizada, más allá de los delitos contra la seguridad pública (P. Ej.: concierto para delinquir, CP, artículo 340), o que castigue estas fenomenologías para los cibercrímenes adicionando del artículo 269H; y efectúe una profunda revisión de las agravantes que actualmente se aplican a ciertos delitos como el secuestro o el homicidio, etcétera,

“Si la conducta se comete parcialmente en el extranjero”, lo que resulta claramente insuficiente para precisar el carácter transnacional de las organizaciones y los delitos en nuestro medio jurídico.

4) Bibliografía

- ARBOLEDAS BRIHUEGA, David. *BackTrack 5*, Hacking de redes inalámbricas, México, Alfaomega, 2014.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política Criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- BERNATE OCHOA, FRANCISCO/MEDINA RICO, Ricardo Hernán. “Coautoría y concierto para delinquir”, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Rad. No. 40545, M.P.: María del Rosario González Muñoz, Aprobado Acta No. 317, En: *Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia No. 1*, RICARDO POSADA MAYA/ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ/ MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.)/ et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes- Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2015, pp. 117-156.
- CANO MARTÍNEZ, Jeimy. *Manual de un Chief Information Security Officer*, Reflexiones no convencionales sobre la gerencia de la seguridad de la información en un mundo VICA (volátil, incierto, complejo y ambigui), Bogotá, Ediciones de la U, 2016.
- CONSEJO DE EUROPA, *Convención sobre el Cibercrimen*, Budapest 23 de noviembre de 2001, serie de tratados europeos Núm. 185, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Documento N°. 3858 del 11 de abril de 2016, Bogotá. En línea: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3854.pdf>
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y TRANSNACIONAL <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- EUROPEAN UNION, *Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA)*, Crime in the age of technology, Europol, European Police Office, 2017.
- EXPLANATORY REPORT TO THE CONVENTION ON CYBERCRIME: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce5b>
- FAZIO VENGOA, Hugo. ¿Qué es la globalización?, Contenido, explicación y representación, Bogotá, Uniandes, 2015.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Acerca del concepto de corrupción”, en: *Poder, Derecho y corrupción*, Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (Coords.), México-Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz. *Fraude informático y estafa. Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- HAGAN, Frank E. “The organized crime continuum: A further specification of a new conceptual crime”, En: *Organized Crime*, Critical concepts in Criminology, Federico Varese (Ed.). Vol. 1, New York, Routledge, 2010, pp. 76-85.
- HALPIN, Edward F./TREVORROW, Philippa/WEBB, David C./WRIGHT, Steve (da.). *CyberWar, NetWar and the revolution industrial military affairs*, U.K., Palgrave-Macmillan, 2006.
- JARAMILLO RESTREPO, Juan David. “Organizaciones criminales: Bases para una teoría general”, En: *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Uniandes, 2013, pp. 477-533.
- KENNEDY, Leslie W./IRVIN-ERICKSON, Jasemin/KENNEDY, Alexis R. *Transnational Criminology and counterterrorism global threats and local responses*, New York-Heidelberg-Dordrecht-London, Springer, 2014, pp. 36 y ss.
- KSHETRI, Nir. *Cybercrime and Cybersecurity in the global south*, U.K., Palgrave, 2013.
- _____. *The global cybercrime industry: economic, institutional and strategic perspectives*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2010.
- MALEM SEÑA, Jorge F. *La corrupción*, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Barcelona, Gedisa, 2002.
- MALTZ, Michel D. “On defining “Organized Crime”: The development of a definition and typology”, En: *Organized Crime*, Critical concepts in Criminology, Federico Varese (Ed.). Vol. 1, New York, Routledge, 2010, pp. 66-76.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- _____. “La cibercriminalidad 2.0: falacias y realidades”, En: *Derecho penal y nuevas tecnologías*. A propósito del título VII bis del Código Penal, Memorias 4, Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano, Juan David Jaramillo Restrepo (Comp.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, pp. 55-117.
- MORÓN LERMA, Esther. “Nuevas tecnologías e instrumentos internacionales. Consecuencias penales”, En: *Derecho penal y nuevas tecnologías*. A propósito del título VII bis del Código Penal, Memorias 4, Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano, Juan David Jaramillo Restrepo (Comp.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, pp. 33-54.

- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando/PÉREZ CASTRO, Brenda Johanna. *Curso de criminología*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 2009.
- PICCA, Georges. "Criminalite transnationale organise: De nouveaux défis pour les Etats?", En: *Política criminal en el Estado social de derecho*, Homenaje a Enrique Castillo Barrantes, Javier Llobet Rodríguez y Douglas Durán Chavarría (comp.), San José, Editorial Jurídica continental, 2010, págs. 403-408.
- POLAINO-ORTS, Miguel. "Organizaciones y grupos criminales", Lección 30, En: *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Miguel Polaino Navarrete (Dir.); T. II, Madrid, Tecnos, 2011, Págs. 563-579.
- POSADA MAYA, Ricardo. "Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia", En: *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, núm. 2, Cijus-Gecti, Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pp. 13-60.
- _____. "El delito de transferencia no consentida de activos", En: *Estudios de Derecho Penal* No. 2, Carlos Andrés Gómez González y Carlos Alberto Suárez López (Coords.), Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, Bogotá, 2012, pp. 209-250. (Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías n. 8, 2012).
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento de planeación nacional, CONPES 3858/2016, *Política nacional de seguridad digital*. En: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3854.pdf>
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 1987.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la información*, Madrid, Fundeso, 1988.
- ROMERO SÁNCHEZ, Angélica. *La asociación criminal y los delitos en banda en el derecho penal alemán: Fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Estudios de Derecho penal No. 33, (Dir.) Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada, 2002.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *Criminalidad organizada*, Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, Madrid, Dykinson, 2005.
- SHELLING, THOMAS C. "Economics and criminal enterprise", En: *Organized Crime*, Critical concepts in Criminology, Federico Varese (Ed.). Vol. 1, New York, Routledge, 2010, pp. 244-260.
- SERPA GUIÑAZÚ, Guillermo/RICARDES, Raúl (coord.). *Delincuencia transnacional organizada: Lavado de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011.
- SOBÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991.
- SIEBER, Ulrich. "Criminalidad informática. Peligro y prevención", En: AA.VV. *Delincuencia informática*, Santiago Mir Puig (Comp.), Elena Farré Trepap (trad.), Barcelona, PPU, 1992, pp. 13-46.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- SOFAER, Abraham D./GOODMAN, Seymour E. "Cyber Crime and Security. The transnational dimension", En: *Hoover Press, Cyber, SF*, pp. 6 y ss. http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/0817999825_1.pdf
- TIEDEMANN, Klaus. "Criminalidad mediante computadoras", trad. de Amelia Mantilla viuda de Sandoval, En: *Nuevo Foro Penal* No. 30, octubre-diciembre de 1985, Bogotá, Temis, pp. 481 a 492.
- TORRES-VÁSQUEZ, Henry. "La delincuencia organizada transnacional en Colombia", En: *Dikaion*, Año 27 - Vol. 22 Núm. 122-1 (2013), Colombia, junio 2013, pp.109-130. <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v22n1/v22n1a05.pdf>
- UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (UIT/ITU). *El cibercrimen*, Guía para los países en desarrollo, División de aplicaciones TIC y cibercriminalidad, Departamento de Estrategias, Ginebra, UIT, 2009.
- UNODC, *Delincuencia organizada transnacional - La economía ilegal mundializada*, https://www.unodc.org/documents/toc/factsheets/TOC12_fs_general_ES_HIRES.pdf
- VERA QUILODRÁN, Alejandro. *Delito e informática*, Santiago, La ley, 1996.
- VIADA, Natacha G. *Derecho penal y globalización*, Cooperación penal internacional, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- WALL, *Cybercrime. The transformation of crime in the information age*, UK, Polity, 2007.
- _____. "Criminalizing cyberspace: the rise of the Internet as a 'crime problem'", En: Yvone Jewkes/Madij Yar, *Handbook of Internet Crime*, U.K., William Publishing, 2010, pp. 22-103.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", En: *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, Universidad EAFIT, Medellín, pp. 62-114.
- _____. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009.
- _____. *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001.



La estricta legalidad en el delito de urbanización ilegal

Santiago Sierra Angulo¹

En Memoria del Doctor Carlos Alberto Jaramillo Restrepo.

Para quien la vida fue el cultivo, en su alma, de la belleza de las cosas nobles, hasta el breve relámpago de su muerte.

La descripción objetiva de la conducta típica, se fundamenta en la expresión de uno o varios verbos que fungen como núcleo de la imagen rectora de la acción prohibida, facilitando la comprensión estructural en un sentido lógico objetivo.

En el tipo penal de urbanización ilegal, descrito en el artículo 318 del Código Penal², la conducta central no se expresa a través de figuras gramaticales verbales, sino por

¹ Abogado Especialista en Derecho Penal. Candidato a Doctor en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana.

² “- **Urbanización ilegal.** El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por esta sola conducta, en prisión...”

medio de sustantivos de acción³ (caracterizados por el sufijo -ción-), ellos son: la *división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción*; ante la particular forma gramatical del tipo, estos sustantivos de acción deben acompañarse de pares verbales de contexto, para el caso el legislador estableció los siguientes: *adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir*. Con lo cual se permite la representación activa de los sustantivos así: adelantar división, desarrollar parcelación, promover urbanización, patrocinar construcción etc.

Estos verbos que acompañan a los sustantivos de acción, por sí solos no configuran una intencionalidad semántica en la proposición jurídica, porque no tienen la capacidad de representar una imagen rectora, la cual para el tipo en comento, no es otra que urbanizar (*dividir, parcelar o construir*) sin los requisitos de ley; por lo que las formas verbales usadas en él no podrán confundirse con los verbos rectores, en tanto las conductas prohibidas para el caso se encuentran implícitas en los sustantivos de acción, así la acción que lesiona el bien jurídico es *dividir, parcelar, urbanizar inmuebles o construir sin los requisitos de ley*. Planteamiento que se confirma en el inciso tercero del tipo penal, cuando establece una agravación por realizar la conducta prohibida (*urbanizar, parcelar o construir*) en determinadas circunstancias:

“La pena privativa de la libertad señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización o construcción (no incluye la división) de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales”

El uso de los pares verbales de contexto es producto de una deficitaria técnica legislativa, toda vez, que de expresarse la conducta por medio de verbos rectores (*dividir, parcelar, urbanizar o construir*) y no de sustantivos de acción (*división, parcelación, urbanización o construcción*) los verbos auxiliares (*adelantar, desarrollar, promover, etc.*) perderían su función, dándole claridad a la proposición jurídica. Lo cual, evitaría que en ocasiones, como en el tipo penal de urbanización ilegal, se oscurezca el entendimiento de la

conducta prohibida, en tanto, estas formas de ejecución de los sustantivos de acción, solo pudieran entenderse como formas de participación del sujeto activo en la conducta punible y no como formas de realización de la conducta punible (*dividir, parcelar urbanizar o construir*), toda vez, que las primeras se encuentran ya reguladas por la parte general del Código Penal.

Miremos como los verbos auxiliares *adelantar y desarrollar* (la *división, parcelación, urbanización o construcción*) no expresan si no formas de autoría material; los verbos *patrocinar, inducir, financiar* (la *división, parcelación, urbanización o construcción*) expresan la intervención de un partícipe determinador; y finalmente los verbos *tolerar, colaborar o permitir* una complicidad o autoría según el grado de contribución o capacidad de dominio del hecho.

Es obvio que la oscuridad de un texto es defecto, cuando lo que dice puede decirse claramente; defecto que en el presente tipo penal, ha llevado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un mal entendimiento de su imagen rectora, a decir, en sentencia del 5 de agosto de 2009, radicado 31.105, M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés, lo siguiente:

“En efecto, la Sala ya se ha pronunciado sobre el alcance del verbo rector promover, integrante de la conducta punible de urbanización ilegal, descrita en el artículo 318 del Código Penal. Al respecto, ha expresado que las gestiones encaminadas a anunciar la venta de inmuebles o la entrega de dinero para dicho propósito son comportamientos que se enmarcan dentro de la acción de promover. Así mismo lo manifestó la Corte:

“Por otro lado, la celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o la recepción de otras especies valoradas en efectivo, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda (en número no inferior a cinco), no son más que manifestaciones ostensibles, externas y materiales de la conducta de promover la urbanización ilegal, con dirección a dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles sin el lleno de los requisitos legales, porque la promoción no significa nada diferente de iniciar, hacer que principie cierta acción o darle impulso a una cosa o proyecto.”

“Pero en lo que atañe a la configuración de las conductas rectoras, no hay duda de que fueron recogidas las anteriores y también notoriamente ampliadas en

³ Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, 1951, P. 696.

el nuevo texto, pues se pasó de simplemente “anunciar o desarrollar” a las de “adelantar, desarrollar, promover (que en cierta acepción significa anunciar), patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir.”

Confunde la Corte los verbos auxiliares del tipo, con los verbos rectores implícitos en los sustantivos de acción, considerando a aquellos como las conductas lesivas para el bien jurídico, de manera que para la Corte, dentro del verbo “rector” promover, se encuentra la prohibición de vender o prometer vender sin el lleno de los requisitos legales, conducta diferente a las realmente prohibidas en el tipo: *la división, urbanización, parcelación o construcción sin el lleno de los requisitos legales*. Interpretación con la cual se amplía la conducta punible en contra de la taxatividad propia del tipo penal, como garantía de la certeza de la conducta obligacional impartida, desconociéndose así el principio de tipicidad. Consecuencias adicionales de la confusión en comento, es la transformación del tipo de resultado material a de mera conducta, piénsese en el verbo *patrocinar*, que al ser valorado como rector de la conducta prohibida, satisface el tipo aún sin la realización material de la *división, urbanización, parcelación o construcción*.

El respeto judicial por el mandato de determinación convenido por el legislador y expresado en el tipo penal, es regla jurídica fundamental, al respecto nos dirá el pensador bogotano Nicolás Gómez Dávila en su ensayo de filosofía del derecho “De Iure”:

“En un sistema axiomático formalizado, tanto la elección de los axiomas, como el señalamiento de las reglas de transformación del sistema, obedecen a una sola regla obligatoria: axiomas y reglas deben ser absolutamente unívocos.

El sistema axiomático formalizado es, básicamente, la univocidad de sus reglas y de sus axiomas. El sistema se anula si los significados se alteran.

Es inadmisibles, así que un sistema lógico contenga reglas que permitan al sujeto alterar a su arbitrio el significado de las reglas o de los postulados. Y es inadmisibles, también, que un sistema jurídico contenga reglas que permitan a ambos sujetos, o a uno solamente, alterar a su arbitrio el significado

de las reglas o de los convenios. Postular la alterabilidad libre de los términos convenidos es anular el convenio.”⁴

El avance en la tipificación de una nueva criminalidad económica, debe fundarse en un riguroso proceso legislativo, donde, además de tenerse en cuenta el principio de *ultima ratio* –en aras de evitar la huida de los conflictos económicos hacia el derecho penal– debe hacerse un mayor énfasis en la absoluta univocidad de los tipos penales, máxime, que conforme la especialidad y técnica de estas formas de criminalidad en la economía, implican un reenvío a una normatividad específica a través de tipos penales en blanco, situación que conlleva un proceso creciente de descodificación⁵, expresado en la inflación del derecho penal, a través de legislación fragmentaria, con un lenguaje legal inadecuado para completar el supuesto de hecho incorporado extrapenalmente, generando formulas típicas equivocadas cuando no oscuras.

Bibliografía

- Carnelutti, F. “El Delito”, Buenos Aires, 1952.
- Fernández Carrasquilla, J. “Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal, Bogotá, 1998.
- Ferrajoli, L. “Derecho y Razón –Teoría del garantismo penal–”, Madrid, 1995.
- Gómez Dávila, N. “De Iure”, en Revista de la Academia de Jurisprudencia, No.308, 1996, p.180 y 181.
- Jiménez de Asúa, L. “Tratado de Derecho Penal” Buenos Aires, 1951.
- Volk, K. “Criminalidad Económica - Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania”, Göttingen University, 2016.

⁴ Academia de Jurisprudencia, revista número 308, 1996, p.180 y 181.

⁵ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 1995, p.385.



La criminalización del lavado de activos en Colombia: muchas sombras y pocas luces

Renato Vargas Lozano¹

Al maestro, Carlos Alberto Jaramillo Restrepo, siempre tan presente.

1) Introducción

La regulación sobre el lavado de activos, desde su aparición en el derecho penal local en el año 1995 (art. 31 de la Ley 190), ha sido objeto de reformas constantes que han afectado su ubicación en el estatuto punitivo y la confección de los textos legales. En ello ha incidido de forma significativa el ordenamiento internacional, al cual se deben su inclusión en el Código Penal (tras la incorporación de la Convención de Viena de 1988 al

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Investigador de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá), adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas 'Emiro Sandoval Huertas'; abogado de la firma Álvaro Vargas Abogados. Este trabajo se enmarca dentro del programa de investigación 'Derecho Penal, parte especial y legislaciones penales complementarias. Delitos contra el patrimonio económico'. Correo electrónico: renato.vargas@alvarovargasabogados.com Agradezco muy especialmente al Prof. Fernando Velásquez Velásquez, el tiempo que dedicó a revisar y comentar este escrito.

derecho interno) y buena parte de sus posteriores modificaciones; de esta forma, los ajustes a la normativa se corresponden con el ánimo del legislador patrio de cumplir con sus compromisos internacionales a los que ha sido fiel.

No obstante, el delito de lavado de activos suscita grandes y muy serios interrogantes no solo en torno a la política criminal que lo inspira sino en cuanto a la técnica legislativa mediante la cual se desarrolla, pues una revisión juiciosa de la evolución sufrida por los textos legales revela una tendencia expansiva que se hace patente en el aumento de los verbos rectores, el incremento de los delitos fuente y la ampliación del objeto de la regulación a cualquier bien originado, de forma directa o indirecta, en una actividad delictiva previa (Hernández, 2011, pp. 499 y ss.; Ruiz *et al.*, 2015). A causa de esto, la norma actual resulta no solo muy amplia sino bastante severa, en virtud del endurecimiento incesante de las penas.

A lo anterior se suman los reparos que esta regulación merece en lo atinente a problemáticas como las relacionadas con la determinación del bien jurídico penal tutelado, la identificación de las conductas penalmente relevantes, la precisión de los sujetos activos, la sanción del autoblanqueo o, en fin, la selección de los delitos fuente y la demostración del vínculo entre estos últimos y los bienes objeto de legalización.

Por ello, en orden a desarrollar los temas aludidos, el presente trabajo se propone, en un tono mucho más analítico y crítico que descriptivo, examinar, en primer lugar, la política criminal que subyace a la prohibición del lavado de activos, pergeñada en torno a la idea según la cual el crimen no paga y que ha supuesto una importante homogeneización de los derechos estatales en el marco de la cual juegan un papel determinante los organismos internacionales y cuyo éxito está ligado, de modo casi que indisoluble, a la colaboración activa de los particulares.

En segundo lugar, el escrito se ocupa de algunas cuestiones problemáticas a propósito de la consagración legal del delito de lavado de activos. Así, la determinación del bien jurídico, la elección de los verbos rectores, el castigo del autoblanqueo y la exigencia de un vínculo entre el bien objeto de regularización y una actividad ilícita previa, son, en ese orden, los aspectos

seleccionados para ilustrar las grandes complejidades que propone esta conducta punible.

Para culminar, en tercer lugar, el trabajo destina dos secciones independientes a las conclusiones y a las fuentes citadas.

2) El desarrollo de una política criminal internacional

En materia de lavado de activos se advierte un fenómeno que no es exclusivo de este tipo de delincuencia, pero que sí se revela con especial intensidad a propósito del mismo; se trata de la articulación de una política criminal delineada desde las instancias internacionales y ejecutada, de forma más o menos armónica y generalizada dentro de los diferentes Estados (Vargas, 2016).

La idea que subyace a la misma es la de enfrentar la delincuencia desde lo económico, impidiendo el aprovechamiento de las ganancias ilícitas y evitando su reinversión en nuevas actividades delictivas. En este contexto, se parte de la premisa fundamental de acuerdo con la cual el lavado de activos es un problema global que, para ser enfrentado, requiere la colaboración activa de todos, incluso, de los particulares.

A) El punto de partida: el crimen no paga

En los últimos tiempos, los organismos internacionales y las autoridades nacionales han centrado su atención en la recuperación de los activos derivados de la realización de conductas delictivas y, a tono con ello, han delineado e implementado lo que podría ser una política –criminal– internacional dirigida a desincentivar a los delincuentes, con lo cual se quiere demostrar que ‘el crimen no paga’.

La máxima aludida tiene especial relevancia a propósito de las formas de delincuencia que producen ganancias importantes a quien las realiza, o en aquellas otras que precisan ingentes cantidades para financiarse y, en ambos eventos, cumple con una finalidad sobre todo preventiva al disuadir a

los delincuentes de cometer delitos, negándoles el disfrute del producto de sus crímenes, e impedir la financiación de actividades criminales (Manso, 2011; Albrecht, 2001, pp. 36 y ss.). En especial, tratándose del terrorismo, ciertas formas de criminalidad económica, la corrupción (Winter, 2015, p. 103) y la criminalidad organizada (Abanto, 2015, p. 32; Núñez, 2009).

Para perseguir las ganancias ilícitas y bloquear los medios de financiación de futuros delitos, se han diseñado varios mecanismos que pueden agruparse en dos grandes bloques: de un lado, están las medidas que afectan a las personas y comprometen su responsabilidad penal, puesto que permiten imponer penas a quienes realizan conductas relacionadas con el aprovechamiento de los bienes ilícitos o su ocultamiento (receptación, lavado de activos, testaferrato o enriquecimiento ilícito, por ejemplo), o que financien ciertos delitos de modo autónomo (la financiación del terrorismo o el concierto para delinquir). Del otro, se encuentran las herramientas administrativas y penales que afectan los bienes en forma directa y permiten decomisar los activos relacionados con la ejecución de conductas punibles (el comiso) y extinguir los derechos sobre ellos (la extinción del derecho de dominio).

B) Un problema 'global'

Es importante precisar que en un mundo globalizado algunas formas de delincuencia también revisten una connotación general, así sea por el mero hecho de que la globalización facilita su realización o contribuye al aseguramiento de su producto. En este último ámbito se sitúa la reflexión sobre el lavado de activos, pues, en no pocas ocasiones, la legalización de los bienes ilícitos se efectúa mediante operaciones internacionales (Abel, 2002, pp. 42-44), más o menos sofisticadas, en las que el objetivo fundamental es alejar los activos de su origen ilícito y dificultar a las autoridades nacionales su persecución.

Como es natural, en este proceso juega un papel fundamental –más no exclusivo– el sistema financiero de los distintos Estados, gracias a la interconexión planetaria de los mercados de este tipo y a las herramientas en materia de telecomunicaciones que facilitan mover los recursos alrededor del globo. Qué duda cabe, pues, en cuanto a que se trata de hechos con un

claro alcance transnacional (Arias, 2011, pp. 37-38; De la Cuesta, 2006, p. 6; Faraldo, 2014, p. 43).

Esta peculiaridad es, justo es decirlo, la que ha permitido concienciar a los miembros de la comunidad internacional sobre la conveniencia, quizás, mejor, sobre la necesidad, de articular una respuesta conjunta (Abel, 2002, p. 56; Martínez-Buján, 2004) que suponga, en un primer momento, concretar el marco de la intervención en esta materia a partir del consenso de los actores de la política internacional sobre las características que debe tener la lucha contra esta forma de criminalidad y, en un segundo momento, el desarrollo lo más generalizado y homogéneo que sea posible de esos lineamientos supranacionales en las legislaciones nacionales correspondientes.

Lo último resulta de singular importancia, porque el éxito de esta estrategia depende de reducir el número de Estados reacios a tomar parte activa en su persecución y sanción efectivas, dado que la existencia de 'puertos seguros' haría inútiles los esfuerzos de los demás miembros de la comunidad internacional (Vogel, 2005, pp. 118-119).

C) Una política criminal 'común' y unas normas estandarizadas

El del lavado de activos constituye un ejemplo bastante ilustrativo del modo en que las decisiones –políticas– adoptadas por los actores internacionales influyen en los ordenamientos nacionales, pues la mayoría de los Estados que introdujo el delito de blanqueo de capitales lo hizo en el marco de la política 'global' diseñada para enfrentarlo desde las instancias supranacionales (Albrecht, 2001, p. 48; Ambos, 2011, pp. 11 y ss.; Arias, 2011, pp. 37-38; Faraldo, 2014, p. 43; Manso, 2011, p. 314; Martínez-Buján, 2004), si bien con cierto predominio del modelo estadounidense (Nieto, 2007, p. 130; Vogel, 2005, p. 118) y en consonancia con el carácter transnacional atribuido a estos ilícitos.

El resultado de lo anterior es un marco normativo que se propone –y, en ocasiones, se impone– desde las instancias internacionales y se desarrolla en los derechos internos respectivos, dando lugar a una estandarización de

las disposiciones sobre el particular (De la Cuesta, 2006, p. 6) que, al menos en teoría, facilita la persecución de esta forma de criminalidad, permite articular la cooperación internacional y mejorar las estrategias para combatirla e implementar otras nuevas.

Los ejemplos más relevantes son: las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (1980); la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena (1988); la Declaración de Principios de Basilea (1989); el Convenio sobre Blanqueo, Detención, Embargo y Confiscación de Productos del Delito (1990); la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (1991); la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada (1994); la Conferencia internacional sobre la prevención y la represión del blanqueo del dinero y el producto del delito (1994); el Modelo de legislación sobre blanqueo de activos y decomiso de drogas (1995); la Declaración de principios y Plan de Acción de Buenos Aires (1995); el Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Segunda Cumbre de las Américas (1998); la Declaración Política y el Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero (1998); las leyes modelo sobre Blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999) y sobre el blanqueo de dinero y los productos del delito (2000); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000); la Declaración del Plan de Acción III Cumbre de las Américas (2001); las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) con sus revisiones de 1990, 1996, 2003 y 2012 o, en fin, las Recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el abuso de las drogas (CICAD).

De esta forma, no resulta extraña la afirmación según la cual las normas de derecho interno sobre blanqueo de capitales han sufrido un proceso de homogeneización sin parangón que tiene como modelo la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988) y, aunque, conforme viene de decirse, esto facilita tanto su persecución como la colaboración de las autoridades, lo cierto es que, al mismo tiempo, ese complejo entramado de disposiciones internacionales –incluidas las de *soft law*– produce, cuando menos, cuatro consecuencias que deben destacarse y que no necesariamente son positivas.

En primer lugar, la coexistencia de un número plural de preceptos, de diversos rangos, procedencias o fuerza vinculante, que integran la llamada ‘interlegalidad’ (Vogel, 2005, pp. 117-120), cuyo efecto principal es el de multiplicar los presupuestos que deben atenderse a la hora de crear, aplicar e interpretar las normas. En segundo lugar, no puede perderse de vista la falta de legitimación democrática connatural a las decisiones adoptadas por los organismos supranacionales –todavía más evidente tratándose del *soft law*– y que no puede entenderse satisfecho con el mero consenso de los Estados que las aprueban e incorporan a su ámbito interno (Vogel, 2005, pp. 117-119).

En tercer lugar, la exigencia de una respuesta global que involucre a todos los Estados y sus respectivas autoridades, basada en el interés que cada uno de ellos tiene en la persecución del lavado de activos, provoca alguna confusión en cuanto a las normas aplicables cuando dos o más Estados tienen interés en un mismo hecho o sobre el alcance de la prohibición del *non bis in idem*, si un mismo supuesto termina siendo objeto de consideración por las autoridades de diferentes naciones (Vogel, 2005, p. 121).

En fin, en cuarto lugar, no puede dejar de mencionarse que el marco supranacional está compuesto por preceptos que, en no pocas ocasiones, riñen con los principios internos, pues, en esta materia, se siente con especial fuerza la tensión entre los derechos ‘moderno’ y ‘clásico’ (Vogel, 2005, p. 119); así ocurre a propósito de la sanción de conductas que apenas suponen un peligro abstracto para los bienes jurídico penales tutelados, la asimilación de las formas de autoría y participación a efectos de su sanción o, en el mismo sentido, la equiparación de los actos de asociación, tentativa y consumación (Nieto, 2007, pp. 130-131).

D) Un consenso supuestamente voluntario y un sistema ligado a la colaboración de los particulares

Como ya se ha indicado, los retos que debe superar esta política criminal para considerarse exitosa son plurales y nada sencillos. Ahora, interesa destacar dos aspectos a los que no suele hacerse mucha referencia pero que, sin lugar a dudas, son fundamentales a tales efectos: en primer lugar, el papel de ciertos

organismos internacionales en la supervisión e impulsión del cumplimiento de las directrices internacionales y, en segundo lugar, la dependencia marcada del sistema antilavado de la actividad de los particulares.

En cuanto a lo primero, no puede obviarse que el consenso internacional sobre la necesidad de prevenir y reprimir el lavado de activos se apoya en la actuación de los organismos internacionales, pero, sobre todo, en la del Grupo de Acción Financiera –GAFI–, el cual, por una parte, elabora recomendaciones que, en principio, carecen de fuerza vinculante, pero que resultan ser tan importantes o más que las alojadas en los tratados o en las convenciones; y, por la otra, utiliza medios de presión a todas luces eficaces como la inclusión de los Estados no cooperantes en listas ‘negras’ o la realización de evaluaciones o informes periódicos que son tenidos en cuenta por los actores políticos para la asignación de recursos de cooperación internacional o por los agentes económicos a la hora de decidir con quién hacer negocios o en dónde. Todo esto, afirma con razón un autor, supone una cierta coacción que sugiere que la adhesión al sentir universal sobre el asunto y el proceso de homogeneización normativa surtido en los ordenamientos nacionales no son del todo voluntarios (Winer, 2015, p. 128).

Respecto de lo segundo, cabe señalar que el éxito de las medidas sugeridas está ligado a la colaboración activa de sujetos privados en la prevención, la detección y la comunicación o el reporte de operaciones inusuales o sospechosas. Esta circunstancia se impone como una necesidad, pues no existe una forma más expedita para que las autoridades tengan conocimiento sobre la realización de una operación sospechosa que la voz de alerta dada por quien conoce de forma directa e inmediata de su realización.

En este escenario, los particulares contribuyen con las autoridades en la prevención y en la detección del lavado de activos, pero, al mismo tiempo, evitan involucrarse en las operaciones de blanqueo y eluden los consecuentes riesgos reputacionales, operativos y legales derivados de una situación semejante. Tal colaboración puede ser producto de una forma de autorregulación materializada en instrumentos de adopción voluntaria –códigos de buen gobierno, programas de cumplimiento o manuales de prevención de lavado de activos–, donde se toman medidas frente al desarrollo de las actividades propias y, también, respecto de las relaciones con terceros (clientes o proveedores), con sus socios, empleados y directivos o con las autoridades.

No obstante, en otros casos la adopción de estos instrumentos es obligatoria, por ejemplo, cuando se trata de los llamados ‘sectores de alto riesgo’ (el financiero, el comercio exterior, la importación y la exportación de oro y el cambio de divisas, los casinos, las loterías o los juegos de azar, el transporte de carga terrestre o de valores, los operadores postales de pago, los clubes con deportistas profesionales y las notarías, etc.), en los cuales, atendida esa connotación, se imponen ciertos deberes legales de prevención (como el conocimiento de los clientes y del mercado) y de detección y reporte o comunicación (de operaciones inusuales o sospechosas), cuyo incumplimiento da lugar a sanciones administrativas y, en ocasiones, también penales, por el delito de lavado de activos o por eventuales omisiones de control o reporte, si ellas estuvieren previstas como delitos autónomos (es el caso de las omisiones de control y reporte de los artículos 325 y 325A CP colombiano).

Ahora bien, aunque la intervención de los particulares resulta perfectamente entendible en el contexto antedicho, no deja de generar inconvenientes que los sujetos obligados a reportar o a informar se encuentren en medio de un conflicto ético y de intereses (Blanco, 2009), pues se los obliga a escoger entre maximizar sus utilidades o cumplir con los deberes impuestos por las autoridades. Tampoco resulta claro que sea adecuado o conveniente delegar funciones de policía –administrativa– en los particulares (Polaino-Orts, pp. 274 y ss.; Sánchez-Vera, 2008). Además, los reportes aludidos se dirigen a autoridades administrativas especializadas, en el caso colombiano a la Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero (UIAF) que es la entidad encargada de centralizar y evaluar dicha información, razón por la cual termina siendo esta agencia la fuente principal de información que, en cualquier caso, resulta ser selectiva.

3) Algunas cuestiones problemáticas sobre la previsión legal del delito

A) El bien jurídico penal protegido

Según su ubicación en el Código Penal –CP–, el bien jurídico penal protegido es el orden económico social, aunque alguna decisión de constitucio-

alidad alude al “orden legal económico” (Sentencia C-083 de 1999); esto, empero, no siempre ha sido así. Esta primera referencia a la cuestión sugiere que el tema relativo a la determinación del interés protegido de modo directo o inmediato ha sido objeto de diversas posiciones legales que, dicho sea de paso, se corresponden con las mantenidas por los autores especializados sobre ese mismo asunto.

La opción por el orden económico social fue tomada, sin mayores explicaciones (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996; Exposición de motivos, Proyecto de ley núm. 18 de 1996, Senado), por la Ley 365 de 1997, que ubicó el delito en comento entre aquellos que atentaban contra ese bien jurídico penal, esto es, el Título VII del Libro II del Decreto 100 de 1980 (Vargas, 2016, pp. 188 y ss.). Se trata de un bien jurídico penal supraindividual, cuyo titular –vale decir, el sujeto pasivo del delito– es el Estado y que, según la Corte Constitucional, no es nada diferente del sistema de organización y planificación general de la economía de un país, que se estructura sobre el equilibrio existente entre la intervención estatal y la economía de mercado, acorde con lo previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política (Sentencias C-083 de 1999 y C-224 de 2009).

En un sentido semejante, la Corte Suprema de Justicia señala que con el lavado de activos se busca, “dentro de la labor intervencionista del Estado en la economía, hacer primar el interés general sobre el particular al frenar las formas mediante las cuales se pretende darle apariencia de legalidad a bienes de origen ilícito” (Sentencia Rad. 34377 de 17 de julio de 2013) y la doctrina nacional, por su parte, afirma que este delito vulnera el orden económico social porque “distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa” (Hernández, 2011, p. 551).

Sin embargo, a esta decisión le pueden hacer varias objeciones: en primer lugar, las de quienes consideran que el blanqueo de capitales es inofensivo para la economía o el sistema financiero (Bajo, 2009, pág. 13) y que las consideran, incluso, benéficas (Caro, 2015, p. 212), por cuanto sus titulares, una vez las integran al circuito económico legal, se hacen sujetos pasivos de las respectivas obligaciones tributarias y pueden emplearlas en proyectos económicos productivos.

En segundo lugar, para quienes son favorables a su incriminación, parece indiscutible la naturaleza pluriofensiva de este delito y, por ello, la opción de centrarse en el orden económico social suscita la pregunta de por qué preferir este último frente a otros tales como, *v. g.*, los protegidos por los delitos –antecedentes– que originan los bienes (el patrimonio, la salud pública, la administración pública, etc.) y a cuya tutela también contribuye la sanción penal de su regularización; o, bien, de la administración de justicia, en Colombia, la eficaz y recta impartición de justicia, pues el lavado de activos –al igual que la receptación– es un comportamiento orientado a ocultar o encubrir el origen ilícito de los muebles o inmuebles originados de forma mediata o inmediata en un delito previo y, en esa medida, los dos entorpecen su investigación y juzgamiento (Bacigalupo, 2005, pp. 459-460; Caro, 2015, pp. 210, 211 y 216).

Ahora bien, de aceptar que la mejor opción es decantarse por el orden económico social, no pueden ignorarse los problemas asociados al mismo a la hora de cumplir con su función político criminal de límite de la intervención penal (Martínez-Buján, 1998, pp. 90 y ss.; Muñoz & García, 1996, p. 60; Vargas, 2012, p. 268), sobre todo en su sentido amplio. De ahí que los especialistas asocien este delito a un interés bastante más concreto como la libre competencia, el mercado o el sistema financiero, así: la primera, se afectaría porque se produce un desequilibrio gracias a la concentración de un importante poder de demanda en unos pocos sujetos y a la consecuente consolidación de monopolios (Faraldo, 1998; Bottke, 1998; Blanco, 2001, p. 18) o porque, también en relación con la competencia, se perjudicaría el tráfico lícito de bienes (González, 2011, p. 637).

Para otros doctrinantes, lo vulnerado es la economía de mercado (Muñoz, 2010, p. 554), mientras que los demás señalan al sistema financiero, su estabilidad o su seguridad, como consecuencia de la pérdida de credibilidad en las instituciones o en las personas que hacen parte del mismo o debido a los problemas para lograr una asignación adecuada de los recursos (Fabián, 2007; Aninat *et al.*, 2002, p. 44). Esta última postura, es la asumida por la Corte Constitucional, cuando enfatiza en la necesidad de proteger el sistema financiero frente a las actividades ilícitas como el lavado de activos (Sentencia C-851 de 2005); en el mismo sentido, la Organización de Estados Americanos (1998), por conducto de la CICAD, señala que las políticas y la regulación en esta materia tienen por objeto precaver los riesgos asociados para la estabilidad y la seguridad financieras.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia parece mucho más decantada, al menos en alguna de sus decisiones, a favor de la tutela de la competencia, si bien con un matiz que sugiere una referencia, más o menos explícita, a una cierta moral económica consistente en la exigencia de negociar con recursos lícitos (Rad. 27224 de 13 de mayo de 2009).

A lo anterior se suma que, cuando los bienes objeto de blanqueo son de escasa entidad o no constituyen una cantidad significativa, difícilmente puede identificarse un peligro concreto para el orden económico social y, por consiguiente, la sanción en estos casos termina afincada en la generación de un peligro apenas abstracto, con lo que ello supone de cara a la observancia del principio de ofensividad o de lesividad.

B) Las conductas penalmente relevantes

La regulación en materia de lavado de activos se extiende a la generalidad de los actos que constituyen el proceso de normalización o regularización: primero, la colocación *–placement–* u ocultación, es decir, la reducción de los bienes derivados de las actividades delictivas; segundo, el encubrimiento *–layering–*, también llamado conversión o intercalación, mediante el cual se pretende distanciar los activos de su origen ilícito; y, tercero, la integración *–integration–* o reinversión, encaminada a reintroducir los activos a la economía regular (Fabián, 2007).

Estas etapas han dado lugar a la tipificación de “tres tipos penales básicos” (Ambos, 2011, p. 14) de lavado de activos en la regulación internacional, conforme se desprende de las Convenciones de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas *–Convención de Viena–* de 1988 y contra la delincuencia organizada transnacional, del año 2000 *–Convención de Palermo–*, ellas son: primero, la conversión o transferencia de bienes de procedencia ilegal con la finalidad de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, sin que resulte preciso que se produzcan la ocultación o el encubrimiento efectivos. Segundo, la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de su origen

delictivo; y, tercero, siempre que lo permitan los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico respectivo, la adquisición, la posesión o el uso de esos mismos bienes.

De ahí que, atendidas las normas internacionales, resulte posible distinguir dos sentidos del concepto de lavado de activos: uno estricto, el de dar apariencia de legalidad a unos bienes de origen ilícito, y, otro bastante más amplio, el relativo a la adquisición, la posesión o el uso de esos mismos bienes. Con este referente, los cuestionamientos atinentes a la tendencia expansiva de esta regulación están plenamente justificados (Vidales, 2012); mucho más si se recuerda el aumento exponencial del grupo de delitos fuente y la extensión del ámbito de lo relevante en clave penal a la instigación, la participación, la asociación, la confabulación, la tentativa, la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento.

Ahora bien, en el ordenamiento colombiano la conducta punible de lavado de activos ha sufrido varias modificaciones entre las que se cuentan las atinentes a la inclusión de nuevos verbos rectores, con motivo de lo cual el tipo actual incluye casi todos los momentos que constituyen el proceso de regularización. Esto, según lo entiende la Corte Suprema de Justicia, le da una mayor cobertura al delito (Rad. 23174 de 28 de noviembre de 2007) y lo convierte en un ejemplo paradigmático de tipo penal de conducta alternativa [sentencias rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 39220 de 04 de diciembre de 2013; 43388 (SP6613- 2014) de 26 de mayo de 2014].

Las conductas sancionadas pueden clasificarse en tres bloques: el primero, integrado por los verbos adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en ciertas actividades delictivas, agrupa los actos de adquisición, posesión y utilización, cuya sanción prevén las disposiciones internacionales, a condición de ser compatible con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico interno. Este es, adviértase, uno de los puntos más cuestionables de esta regulación, pues incluye actos que, además de ser equívocos, pueden considerarse preparatorios del lavado en sentido estricto y que solo de forma muy excepcional están en capacidad de poner en peligro efectivo el bien jurídico del orden económico social, lo cual va en contra de los principios de legalidad *–en su modalidad de determinación–* y lesividad u ofensividad (arts. 6, 10, 11 y 27 CP).

El segundo, conformado por los comportamientos consistentes en dar a los bienes provenientes de determinadas actividades delictivas apariencia de legalidad o legalizarlos, remite a los de conversión y transferencia previstos en los instrumentos internacionales. A propósito de esto, debe advertirse que las conductas de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en ciertas actividades delictivas, pueden solaparse con las de dar a los bienes provenientes de determinadas actividades delictivas apariencia de legalidad o legalizarlos, puesto que la generalidad de las acciones descritas en ese primer grupo, y, en especial, las sugeridas por los verbos ‘invertir’, ‘transformar’ o ‘administrar’, se enmarcan en el contexto de la legalización de los bienes ilícitos.

El tercero, compuesto por las conductas de ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes provenientes del delito, se compadece con las de ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de su origen delictivo. Con anterioridad, se castigaba a quien realizare ‘cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito’, sin embargo, la amplitud de la fórmula legal empleada contrariaba el principio de determinación (Ruiz *et al.*, 2015) y así se reconoció (Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 2016). También en este caso, las conductas descritas en el primer grupo, en particular, las de ‘resguardar’, ‘transportar’, ‘almacenar’, ‘conservar’ y ‘custodiar’, pueden integrarse a las de ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes provenientes del delito.

C) La sanción del autoblanqueo

Lo relativo al sujeto activo de los delitos de lavado de activos es otra de las cuestiones que propone interrogantes interesantes. En efecto, se debe empezar por decir que el tipo descrito por el artículo 323 CP no exige ninguna cualidad especial en el autor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Rad. 22673 de 27 de octubre de 2004 y sentencias rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 34377 de 17 de julio de 2013), lo cual se compadece con la tendencia en el derecho comparado sobre el particular

(Faraldo, 2006). Con todo, no puede dejar de mencionarse que un número importante de las circunstancias que agravan la pena (art. 324 CP), tienen que ver en forma directa con el sujeto activo, por ejemplo, cuando el autor pertenece a una persona jurídica, a una sociedad, o a una organización dedicada al lavado de activos; o, añádase, si es realizada por los jefes, los administradores o los encargados de las referidas personas jurídicas y sociedades u organizaciones. En este mismo sentido, el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011 prevé un aumento de las penas cuando el autor de la conducta punible respectiva sea un servidor público adscrito a uno de los organismos de control del Estado.

Al margen de lo anterior, una de las notas definitorias del delito examinado consiste en la posibilidad de sancionar al autor del delito previo por la legalización posterior de los activos obtenidos con aquél (Bazzani, 2011, pp. 45-46; Castro & Araujo, 2011, p. 144; Sintura *et al.*, 2014, p. 14), a propósito de lo cual cabe hacer varias anotaciones. Desde el punto de vista histórico, la característica apuntada constituyó uno de los motivos fundamentales para que el legislador colombiano separara el lavado de activos de la receptación (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, Exposición de motivos, Proyecto de ley núm. 18 de 1996, Senado, p. 8), al hilo de la cual se introdujo originalmente al ordenamiento penal patrio.

No obstante, pese a que tal determinación es compatible con los lineamientos de política criminal señalados con antelación, según los cuales debe privarse al delincuente de la posibilidad de aprovechar el producto de sus ilícitos, sancionándolo por el delito que origina los bienes y, además, por la realización de cualquier conducta orientada a su legalización, lo cierto es que semejante decisión es discutible en clave dogmática.

Ahora bien, en orden a justificar la posibilidad de sancionar el autoblanqueo, se ha dicho que ello se corresponde con la necesidad de ajustar el ordenamiento interno al marco diseñado por los tratados internacionales, a los diferentes bienes jurídicos protegidos, o a que la pena para quien normaliza esos activos ilícitos es –o debe ser– más severa (Muñoz, 2009, p. 159; Blanco, 2007; Faraldo, 2006, pp. 142-143; Quintero, 2010). Empero, tales argumentos no son atendibles o, al menos, no tienen la contundencia que se les atribuye, pues, en primer lugar, los instrumentos internacionales no imponen el castigo del ‘autoblanqueo’ y algunos prevén la posibilidad de

dejarlo impune [p. ej., los arts. 23.2.e) de la Convención de Mérida y 6.2.e) de la Convención de Palermo]. En segundo lugar, los atinentes a los bienes jurídicos diferentes o la gravedad de la pena son artificiales e, incluso, caprichosos, en la medida en que están atados a determinaciones legislativas que, por lo menos en Colombia, no han sido objeto de ninguna explicación por parte del legislador.

A esta posición favorable a la incriminación del autoblanqueo, adviértase, se enfrentan quienes entienden que el aprovechamiento de los bienes originados en un delito previo es una consecuencia más o menos normal del delito inicial que constituye su agotamiento (Serrano & Serrano, 2013, p. 563) y, en tal virtud, esos actos posteriores se entienden como una intervención postdelictiva (Quintero, 2010) que no precisa sancionarse de modo independiente, porque el desvalor del delito previo bien puede incluir el de los actos posteriores de aprovechamiento –haciéndolo un acto copenado (Vidales, 2012, pp. 79)– o gracias a que al sujeto activo del delito fuente no le es exigible otra conducta, es decir, convirtiendo al lavado de activos en una especie de ‘autoencubrimiento’ (Corcoy, 2012, p. 67).

Esta cuestión, que, pese a ser teórica, tiene importantes consecuencias prácticas, no ha merecido mayor atención por parte de los autores nacionales y, por supuesto, tampoco le importó al legislador. Al respecto, es importante precisar que los argumentos expuestos en el párrafo anterior son los mismos que explican la estructura típica que tiene el delito de receptación (art. 447 CP), al amparo del cual fue introducido originalmente (art. 177 CP de 1980 –Decreto Ley 100–, modificado por el art. 31 de la Ley 90 de 1995), y mediante el que también se sanciona un aprovechamiento posterior de los bienes de origen delictivo, pero en el marco del cual se considera impropio castigar al autor del delito previo por los actos posteriores (Vargas & Vargas, 2017).

D) El origen ilícito de los bienes

Con la sanción del lavado de activos se castigan, en esencia, las actuaciones orientadas a darle apariencia de legalidad a los bienes –en sentido amplio (Convención de Viena, art. 1) aunque, por regla general, dinero, merced a su fungibilidad (Fabián, 2007)– que tienen origen directo o indirecto en

un delito ‘antecedente’, ‘determinante’, ‘fuente’ o ‘previo’, es decir, con una procedencia ilícita.

Así las cosas, la actividad que los genera debe ser previa e ilícita, en clave penal, y, entre esta última y el bien objeto de regularización –el activo primigenio o cualquiera otro por el cual se lo sustituya o transforme (Faraldo, 1998, pp. 133-134; Muñoz, 2010, p. 556)–, debe existir una conexión, sin que sea necesario acreditar una condena previa por el delito determinante (Manso, 2011, p. 316).

i) El vínculo con un delito antecedente, fuente, determinante, previo

En este punto, conviene destacar cómo el legislador empleó la palabra ‘actividad’ en lugar de ‘delito’, para referirse a la fuente del bien objeto de blanqueo. Este detalle no es insignificante, puesto que, con tal decisión, obvió la discusión suscitada en otros ordenamientos en torno a la necesidad de contar con una sentencia condenatoria anterior (Carpio, 2011).

Adicional a ello, esto ha permitido afirmar la autonomía del lavado de activos frente a los delitos antecedentes, en la medida en que, según la jurisprudencia, basta la posibilidad de inferir dicha relación [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias Rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 23754 de nueve (09) de abril de 2008; 27144 de dos (02) de febrero de 2011; 34377 de 17 de julio de 2013; 39220 de cuatro (04) de diciembre de 2013; 43388 (SP6613- 2014) de 26 de mayo de 2014; 41427 (SP7816-2016) de ocho (08) de junio de 2016]. En desarrollo de esta idea, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria indica que es suficiente verificar “que los bienes provienen de alguna de esas actividades” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 34377 de 17 de julio de 2013), “aunque no se pueda establecer de manera plena la actividad ilegal subyacente (fuente del recurso)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 23174 de 28 de noviembre de 2007).

Aunque la Corporación ha intentado precaver la alteración de las reglas de la carga probatoria o la vulneración de la presunción de inocencia (Rad. 22179 de 9 de marzo de 2006), al advertir que no puede entenderse satisfecha dicha exigencia mediante una afirmación gaseosa o una mera especulación sobre el origen espurio de los recursos por parte del acusador (Rad.

36448 de 24 de julio de 2013) ni, tampoco, a partir de una explicación insuficiente suministrada por el procesado, la verdad es que el señalado es un riesgo más que latente, sobre todo cuando se repara en que la propia Corte indica que el presunto responsable tiene la obligación de acreditar la tenencia legítima de los bienes en supuestos como, por ejemplo, los de ocultar/encubrir el origen de los bienes ilícitos [Rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 27224 de 13 de mayo de 2009; 43388 (SP6613- 2014) de 26 de mayo de 2014]. El siguiente pasaje ilustra lo dicho:

(...) demostrar el amparo legal del capital que ostenta o administra, etc., es cuestión a la que está obligado el tenedor en todo momento; y cuando no demuestra ese amparo legítimo es dable inferir, con la certeza argumentativa que exige el ordenamiento jurídico penal, que la actividad ilegal consiste en ‘...encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes’, de manera que por esa vía se estructura la tipicidad y el juicio de reproche a la conducta de quien se dedica a lavar activos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 23.174 de 28 de noviembre de 2007).

Por lo expuesto, en franca contravía con el diseño de un modelo de intervención penal respetuoso de los principios y de las garantías, no extraña que la propia Corte señale que, en tanto la inferencia es suficiente, “la carga de desquiciar la imputación corresponde al procesado en ejercicio legítimo del contradictorio” (Rad. 23.174 de 28 de noviembre de 2007).

ii) La selección de los delitos antecedentes, determinantes, fuente o previos

La idea de limitar el ámbito del delito examinado a la naturalización de activos procedentes de un cierto número de delitos luce bien intencionada, pues con ello se restringe el alcance del tipo penal y, por consiguiente, se excluyen los bienes producidos por los delitos no señalados de forma expresa o por ilícitos civiles o administrativos, vale decir, extrapenales.

En orden a precisar cuáles son esos delitos determinantes existe un criterio general que mira con su gravedad y las ganancias que produce para quien los realiza. Ahora bien, de cara a proceder con su inclusión en el supuesto de hecho de la norma respectiva, el legislador tiene algunas opciones, cuyos

pro y contras son bien conocidos: en primer lugar, puede elaborarse una lista taxativa que, empero, fuerza la actualización –vale decir, la reforma– constante del CP; o, en segundo lugar, y sin perjuicio de otras alternativas intermedias, se puede acudir a una fórmula abierta comprensiva de un número plural de conductas punibles, del corte de los ‘delitos graves’ o los que ‘atentan contra la administración pública’, que, sin embargo, puede incluir reatos que no generan ganancias o en cuya persecución ‘reforzada’ no existe un verdadero interés político criminal.

En Colombia, los delitos fuente se precisan mediante la combinación de las dos estrategias aludidas antes, así: en ciertos casos, se los mencionó expresamente, como en el tráfico de migrantes, la trata de personas, la extorsión, el enriquecimiento ilícito, el secuestro extorsivo, la rebelión, el tráfico de armas, el tráfico de menores de edad, la financiación del terrorismo y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, el contrabando, el contrabando de hidrocarburos o de sus derivados, el fraude aduanero o el favorecimiento y la facilitación del contrabando y el favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o de sus derivados, en cualquiera de sus formas; y, en otros, se señaló de modo general un cierto grupo de conductas punibles, por ejemplo, el de las que atentan contra el sistema financiero o contra la administración pública o las que son realizadas bajo concierto para delinquir.

No hace falta insistir en que la referencia a los delitos que atentan contra el sistema financiero o contra la administración pública o que son ejecutados bajo concierto para delinquir, incrementa de manera significativa la cantidad de delitos previos. Otro tanto puede predicarse del enriquecimiento ilícito, mediante el cual se castiga el aumento patrimonial injustificado de los particulares (art. 327 CP) y de los servidores públicos o de quienes hayan desempeñado funciones públicas (art. 412 CP).

A esta ampliación exponencial de los delitos antecedentes, se suman dos consideraciones adicionales que invitan a la reflexión: en primer lugar, no todas las conductas punibles son idóneas para generar ganancias a quien las ejecuta, por ejemplo, los peculados por aplicación oficial diferente (art. 399) o culposo (art. 400), el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416), el asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421),

el empleo ilegal de la fuerza (art. 423), la omisión de apoyo (art. 424), la simulación de investidura o cargo (art. 426), la violencia contra servidor público (art. 429) o, en fin, la perturbación de actos oficiales (art. 430), todos ellos comprendidos entre los que afectan el bien jurídico penal de la administración pública.

En segundo lugar, tratándose de los delitos contra el sistema financiero, no puede dejar de indicarse que el CP los incluye en el Capítulo segundo del Título X y, por consiguiente, parece claro que son ellos –y solo ellos– los que tienen la calidad de delitos determinantes. Los referidos son: la utilización indebida de fondos captados del público (art. 314 CP), las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315 CP), la captación masiva y habitual de dineros y su no restitución (arts. 316 y 316A) y la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores (art. 317).

Habida cuenta de esto último, el criterio de selección en este caso es formal y no material, pues aquellas otras conductas punibles que, desde el punto de vista material puedan considerarse financieras, quedan excluidas. Es el caso, por ejemplo, de las llamadas estafas financieras de seguro, crédito e inversión (art. 246 y 247, num. 4), la utilización indebida de información privilegiada (art. 258 CP), el pánico económico (art. 302 CP), o la usura (art. 305 CP).

iii) El impresionante aumento de los delitos antecedentes, determinantes, fuente o previos

Lo relativo a los delitos previos, fuente o determinantes, ha sido objeto de reiteradas reformas. La prohibición original, contenida en el art. 177 CP de 1980, en tanto vinculada a la receptación, no limitaba las conductas delictivas previas más allá de la regla según la cual se excluían ‘los casos de concurso en el delito’; no obstante, se incluía una agravación cuando los activos provenían de los delitos de secuestro, extorsión, o cualquiera de los contenidos en la Ley 30 de 1986, los cuales giraban en torno a las actividades de tráfico de estupefacientes.

Luego, el art. 9° de la Ley 365 de 1997, mediante la cual adquirió carta de naturaleza el delito de lavado de activos y se independizó de la receptación,

se refirió a los bienes originados en las actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

La regulación penal actual, a su turno, tiene como punto de partida el texto original del art 323 CP de 2000, cuyo tenor incluía un elenco bastante más amplio comparado con sus predecesoras, en atención a que refería las actividades previas a las de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

Con posterioridad, se han agregado el tráfico de migrantes y la trata de personas (art. 8° de la Ley 747 de 2002); la financiación del terrorismo y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, el concierto para delinquir y el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, los dos últimos como delitos previos independientes (art. 17 de la Ley 1121 de 2006), el tráfico de menores de edad (art. 42 de la Ley 1353 de 2011) y, en épocas recientes, el contrabando, el contrabando de hidrocarburos o sus derivados, el fraude aduanero o el favorecimiento y la facilitación del contrabando y el favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados en cualquiera de sus formas (art. 11 de la Ley 1762 de 2015).

Al hilo de esto, resulta pertinente indicar que, por causa de la autonomía reconocida al lavado de activos, a partir de la fórmula legal incluida en el artículo según la cual la sanción tiene lugar ‘por esa sola conducta’ (art. 323 CP), los autores y la jurisprudencia admiten, sin mayores problemas, que concurre con otros delitos, en especial con los delitos antecedentes [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. 41800 (SP9235-2014) de 16 de julio de 2014]. Esto, por supuesto, ejemplifica de forma patente la severidad de esta regulación y se compadece con la idea general de brindar un castigo ejemplar al autor del delito previo a quien se penaliza por realizar la conducta punible que origina el activo y, además, por la ejecución de los actos posteriores orientados a su legitimación.

4) Conclusiones

El lavado de activos es una de las herramientas –aunque no la única y, quizás, ni siquiera la más eficaz– de las cuales disponen los Estados para enfrentar ciertas formas de criminalidad muy graves, pero que, sobre todo, producen ganancias significativas o requieren de importantes cantidades para su financiación.

Junto a la extinción del derecho de dominio y el comiso, se constituye en la punta de lanza de una política –criminal–, integrada por un grupo complejo de disposiciones con diversos rango y alcance, diseñada desde las instancias supranacionales y que ha sido objeto de un impresionante desarrollo en los diferentes países, cuyos derechos han logrado un alto grado de homogeneización. Esto se debe a las normas internacionales vinculantes (verdades, sobre todo, en convenciones), carentes de legitimidad democrática, y a la acción de instituciones como el Grupo de Acción Financiera Internacional, que se valen de mecanismos de presión tales como los informes o las evaluaciones periódicas tenidos en cuenta por los agentes políticos para condicionar los recursos provenientes de la cooperación internacional y por los actores económicos para tomar sus decisiones de inversión.

Con este delito, se sanciona a las personas que realizan actividades orientadas a darle apariencia de legalidad a los bienes originados en determinadas actividades delictivas previas y, por consiguiente, más que un resultado, el blanqueo de capitales debe entenderse como un proceso, esto es, a la manera de una serie de actos –la colocación u ocultación; el encubrimiento, la conversión o la intercalación; y la integración o reinversión–, encaminados a la realización del objetivo consistente en legalizar los activos espurios (Ruiz *et al.*, 2015, p. 61; Vidales, 2012), para lo cual sus autores se valen de métodos más o menos sofisticados y de la generalidad de los sectores de la economía, no solo del financiero.

Lo anterior explica, en buena medida, el interés en incluir dentro del ámbito de la norma penal la realización de todas y cada una de las etapas que lo integran, incluso algunas que podrían considerarse preparatorias, al margen del ámbito económico concreto dentro del cual se desarrollan.

Esta estrategia, pese a su carácter punitivo –el lavado de activos es una conducta punible sancionada gravemente y que equipara los actos preparatorios, de consumación y de agotamiento–, es, en realidad, preventiva, pues busca disuadir a los delincuentes potenciales de cometer delitos impidiendo el aprovechamiento de las ganancias ilícitas y evitar la comisión de ilícitos futuros cortando las fuentes para su financiación. Adicional a ello, se remarca el riesgo que estos comportamientos tienen para el sistema democrático, conforme lo expresa el preámbulo de la Convención de Viena de 1988, debido al poder corruptor de esos recursos (Winter, 2015, p. 103).

Sin embargo, se trata de enfrentar una forma de criminalidad muy compleja, cuya investigación resulta harto difícil, debido al carácter organizado y transnacional que suele tener y a la incesante sofisticación de los medios empleados por quienes la realizan. A lo anterior se suma el hecho de que, aunque en abstracto se puede estar de acuerdo con la idea general que inspira esta política, su concreción en los instrumentos internacionales y, sobre todo, su desarrollo en los ordenamientos nacionales, en especial en el caso colombiano, produce una serie de interrogantes.

De veras, en primer lugar, la examinada es una regulación que refleja una tendencia expansiva innegable que, con el ánimo de sancionar el mayor número de casos posible y evitar lagunas de punibilidad, aumenta los verbos rectores; asimila desde el punto de vista punitivo los actos preparatorios, de ejecución o de agotamiento, o las diversas formas de autoría y participación; e incorpora a su objeto toda clase de bienes originados, de forma mediata o inmediata, sin circunscribirlos a los efectos del delito (Díez, 2013, p. 823), en una cantidad elevada de actividades delictivas previas.

En segundo lugar, la discusión sobre el interés a cuya tutela se dirige esta disposición ha estado ausente de un debate serio en Colombia, al punto que las exposiciones de motivos de los proyectos de las legislaciones correspondientes no se han pronunciado sobre ello. En este sentido, la introducción de esta conducta punible al ordenamiento interno obedece, sobre todo, al cumplimiento acrítico de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, antes que a una reflexión ponderada sobre su necesidad. Además, la selección del orden económico como bien jurídico penal tutelado, obliga a estructurar el blanqueo de capitales como un delito de peligro mediante el que se adelantan de modo excesivo las barreras de protección penal y

se sancionan comportamientos que están muy lejos de generar un peligro, siquiera abstracto, para el interés protegido.

Tampoco existe, en tercer lugar, un límite claro que permita diferenciar los comportamientos insignificantes o deslindar las acciones que, por ser equívocas, dan lugar a supuestos que deben excluirse del ámbito de lo penalmente relevante. No puede olvidarse que la pretensión de cerrar el cerco a los delincuentes supone castigar un variado elenco de acciones que éstos realizan con terceros, quienes no siempre hacen parte de una red de lavado, pero terminan inmersos en ella sin su conocimiento ni su consentimiento e, incluso, a pesar de realizar todas las acciones disponibles y necesarias para verificar el origen o la procedencia de los bienes sobre los cuales realizan transacciones u operaciones comerciales.

Por último, en cuarto lugar, no puede dejar de mencionarse la distancia que esta regulación marca con los desarrollos dogmáticos del saber penal, particularmente en punto de la sanción del autoblanqueo que, aunque puede entenderse justificada en términos políticos –pragmáticos–, le da la espalda a las razones teóricas que explican por qué no puede sancionarse al autor del delito previo por los actos de agotamiento y cómo ello no significa, en modo alguno, que exista impunidad. Lo anterior, debido a la existencia de otras alternativas, también teóricas, que permiten incluir el desvalor de los comportamientos posteriores de legalización de los bienes en el correspondiente a los delitos que los originan.

Todo lo indicado, en fin, atenta contra los principios de lesividad, legalidad –determinación– y proporcionalidad, afecta la seguridad jurídica y torna desigual la aplicación de la ley, a más de desvirtuar el régimen de cargas probatorias dentro del proceso penal, invirtiéndolo de facto, y de llevarse por delante la presunción de inocencia ante la mirada impasible de los legisladores, los jueces –ordinarios o constitucionales– y los doctrinantes.

5) Bibliografía

Abanto, M. A. (2015). Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania. En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (pp. 27 a 90). Lima: Jurista editores.

- Abel, M. (2002). *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Albrecht, H. J. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero* (Ó. J. Guerrero Peralta, Trad.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2011). *Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aninat, E., Hardy, D., & Johnston, B. R. (2002). Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. *Finanzas & Desarrollo*, 39(3), 44-47.
- Arias, D. P. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel.
- Bajo, M. (2009). El desatinado delito de blanqueo de capitales. En M. Bajo, & S. Bacigalupo, *Política criminal y blanqueo de capitales* (pp. 11-20). Madrid: Marcial Pons.
- Bazzani, D. (2011). Del lavado de activos. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (2ª ed.) (pp. 41-55). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco Cordero, I. (2009). Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore*(23), 117-138.
- Blanco, I. (2001). La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *Eguzkilore*, (15), 1-38.
- Blanco, I. (2007). Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo.
- Bottke, W. (1998). Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, (2), 1-16.
- Castro, C., & Araújo, A. A. (2011). Lavado de activos y conductas afines. En *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. 2) (pp. 137-170). Bogotá: Temis - Universidad del Rosario.
- Caro, J. A. (2015). Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad. En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (pp. 193 a 248). Lima: Jurista editores.
- Carpio, J. D. (2011). La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. *Revista General de Derecho Penal*, (15).

- Cobo, M., & Vives, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Congreso de la República de Colombia. Diario oficial núm. 44.097, julio de 2000.
- Convención de Palermo de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Recuperado de: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>
- Convención de Viena de 1988. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/c_onvention_1988_es.pdf
- Corcoy, M. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, (8), 45-76.
- Decreto 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial núm. 35.461. Presidencia de la República de Colombia.
- De la Cuesta, J. L. (2006). Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho Penal en un mundo globalizado. *Eguzkilore*, 5-21.
- Fabián, E. (2007). Tipologías y lógica del lavado de dinero. En *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf
- Faraldo, P. (1998). Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, (21), 117-166.
- Faraldo, P. (2006). Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LIX*. Recuperado de: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-LosAutoresDel-DelitoDeBlanqueoDeBienesEnElCodigoPen-2582623.pdf>
- Faraldo, P. (2014). Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. *Estudios penales y criminológicos*, 34, 41-79.
- González, J. J. (2011). Capítulo 28. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (X). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales. En *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial* (pp. 621-646). Madrid: Dykinson.
- Hernández Quintero, H. (2011). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ibáñez.

- Ley 67 de 1993. Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988. Diario Oficial núm. 41.003. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 190 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial núm. 41878. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 365 de 1997. Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial núm. 42987. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial núm. 44.097. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 747 de 2002. Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial núm. 44.872. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial núm. 44.872. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1121 de 2006. Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial núm. 46.497. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial núm. 48.110. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial núm. 48.128. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1762 de 2015. Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal. Diario Oficial núm. 49.565. Congreso de la República de Colombia.
- Manso, T. (2011). El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 305-324.
- Martínez-Buján, C. (2004). La dimensión internacional del blanqueo de dinero. *Estudios de derecho judicial*, (61), 179-270.

- Martínez-Buján, C. (1998). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz, F. (2009). Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 157-174). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (18ª ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (2ª ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Nieto, A. (2007). ¿Americanización o europeización del Derecho Penal Económico? *Revista Penal*, (19), 120-136.
- Núñez, M. Á. (2009). Criminalidad, capital y corrupción. Orígenes delincuenciales y precisiones contemporáneas. En *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 263-281). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Organización de los Estados Americanos [CICAD]. (1998). *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*.
- Polaino-Orts, M. (2015). Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de parte general En: K. Ambos, D. C. Coria & E. Malarino (Coords.). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (pp. 249-288). Lima: Jurista editores.
- Proyecto de Ley 18 de 1996. Congreso de la República de Colombia.
- Proyecto de Ley 306 de 2009. Por la cual se modifica el artículo 4º de la Ley 42 de 1988. Congreso de la República de Colombia.
- Quintero, G. (2010). Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (12-r2). Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>
- Ruiz, C. E., Vargas, R., Castillo, L., & Cardona, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Serrano-Gómez, A., & Serrano-Maíllo, A. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (16ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Sintura, F., Martínez, W., & Quintana, F. (2011). *Sistemas de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo*. Bogotá: Legis.
- Vargas, Á. & Vargas, R. (2017). Lavado de activos y receptación: ¿una distinción artificiosa? En *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito* (pp. 95-124). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda

- Vargas, R. (2012). A propósito de la intervención penal en el ámbito económico. En *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal* (pp. 259-289). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana - Díké.
- Vargas, R. (2016). La política criminal internacional en materia de lavado de activos y su desarrollo en Colombia. En *Problemas actuales del derecho penal. Volumen I. 2012-2015* (pp. 179-206). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda
- Vogel, J. (2005). Derecho penal y Globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (9), 113-126.
- Winter, J. (2015). La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (pp. 91 a 142). Lima: Jurista editores.

La actividad de la policía judicial en la persecución de los Delitos económicos en Colombia: ¿un quiebre legal al debido proceso constitucional?

L

Ricardo Molina López¹

1) Introducción

Tradicionalmente la doctrina ha utilizado como instrumento para medir el nivel de civilidad de una sociedad la forma como se desarrolla en esta el proceso penal. Y este instrumento, “civilizómetro”, como lo han calificado algunos, que es el proceso penal, aparece estructurado por la distribución y ejercicio de las funciones procesales básicas, a saber: acusación, defensa y juzgamiento. No solo es importante quién las ejerce, sino cómo las ejerce. Así pues, este trabajo pretende hacer un análisis sobre la forma en que desarrollan las actividades de policía judicial, concretamente en lo que tiene que ver

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Profesor titular de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Miembro del Grupo de Estudios Penales (Giscope) de la UPB. Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Economía, empresa y derecho penal: entre propósitos de convergencia-divergencia”; Radicado CIDI No. 566B02/16-82

con la investigación frente a los delitos económicos encaminada al ejercicio de la función procesal de acusar, a efectos de establecer si ello se amolda a los parámetros constitucionales que establecen el respeto al debido proceso como un derecho fundamental.

2) La policía judicial en Colombia

Antes de entrar a valorar la estructura y funcionamiento de la policía judicial en Colombia, conviene repasar los diversos modelos de proceso penal que coexisten en el ordenamiento jurídico de este país, casi todos con estructuras diametralmente opuestas, lo que implica de suyo un desconocimiento de la coherencia que debe caracterizar a un ordenamiento jurídico. Así pues, en Colombia existe un modelo de proceso penal establecido en la Ley 600/2000, aplicable a personas del común, en el cual la Fiscalía General de la Nación (FGN) realiza la función de acusar ante un juez penal. Repárese que hay distribución de las funciones procesales básicas, aunque la FGN ejecuta acciones con poderes que son propios del juez, como ordenar capturas, vincular personas a la investigación, imponer la detención preventiva, decretar medidas cautelares y practicar y valorar pruebas, entre otras. Esta misma estructura se aplica frente a los miembros del Congreso de la República, senadores y representantes a la Cámara, cuando son sujetos pasivos de la persecución penal; ello en virtud de lo dispuesto por la Ley 906/2004 artículo 533, en armonía con lo establecido en la Constitución Política en su artículo 235-3. La diferencia estriba en que, según la última disposición normativa citada, será la Corte Suprema de Justicia la encargada de investigar y juzgar a los miembros del Congreso. En otras palabras, se trata de un proceso penal de tipo netamente inquisitivo, porque las funciones procesales básicas de investigar y juzgar aparecen radicadas en una misma entidad, en el que además no existe la posibilidad de materializar la garantía de la doble instancia, en la medida que la Corte Suprema de Justicia es considerado el órgano de cierre de la jurisdicción penal.

De otro lado, existe el proceso penal establecido en la Ley 906/2004 el cual presenta varias modalidades, a partir de las recientes reformas aplicadas con base en la Ley 1826/2017. Se tiene por tanto la aplicación del proceso ordinario de Ley 906/2004 en el cual la FGN realiza la función de acusar,

previa investigación controlada por un Juez de Garantías. La FGN acusa ante un Juez penal con funciones de conocimiento y ante este órgano se desarrollará la causa. Aquí pues en el aspecto formal aparecen distribuidas en órganos diferentes las funciones de acusación y juzgamiento, ante lo cual resta considerar cómo se cumplen esas funciones, lo cual se verá en acápi-tes posteriores. Pero esta Ley 906/2004 tiene también otras posibilidades de aplicación de acuerdo a un eventual trámite abreviado o con acusador particular; en otras palabras, la Ley 1826/2017 ha permitido que el proceso penal de la Ley 906/2004 se adelante bajo las modalidades del procedimiento abreviado –en cual se suprimen varias audiencias y se concentran en una sola– y del acusador particular en el cual la acusación, previa investigación queda en manos de las víctimas frente a determinados delitos considerados querellables. En síntesis, pues, la Ley 906/2004 puede ser aplicada de tres maneras diferentes.

Por supuesto que deben mencionarse las leyes 1096/2006, 975/2005, 1407/2010, contentivas del Código de la Infancia y Adolescencia (CIA), la Ley de Justicia y Paz, y el Código Penal Militar (CPM), respectivamente. Todo ello sin olvidar que ahora se gesta en nuevo modelo de proceso penal fundamentado en el Acto Legislativo 01/2017 que modificó la Constitución Política a efectos de implementar la Jurisdicción Especial de Paz (JEP) y cuya forma de procesamiento será establecida por los mismos magistrados elegidos para administrar justicia; en otro términos el artículo transitorio No. 12 del Acto Legislativo 01/2017 prescribe que los magistrados de la JEP ¡crearán sus propias normas procesales!

De lo dicho se puede establecer que en el ordenamiento jurídico colombiano existen los siguientes sistemas de procesamiento penal:

a. Ley 600/2000:

1. Para ciudadanos del común, donde FGA acusa y juez penal juzga.
2. Para miembros del Congreso, donde Corte Suprema de Justicia acusa y juzga, sin posibilidad de acudir a una segunda instancia.

b. Ley 906/2004:

1. En la cual siguiendo todas las audiencias establecidas en la ley la FGN, bajo el control de un Juez de Garantías, investiga y acusa, y un juez penal juzga.
 2. Procede frente a delitos querellables –y otros señalados en una lista taxativa– y se suprimen audiencias; la FGN investiga y acusa, y un juez penal juzga.
 3. Procede frente a delitos querellables y se suprimen audiencias; un particular investiga y acusa, y un juez penal juzga.
- c. Ley 975/2005, Ley de Justicia y Paz.
- d. Ley 1098/2006, Código de la Infancia y Adolescencia.
- e. Ley 1407/2010, Código Penal Militar.
- f. Acto Legislativo 01/2017, que establece la Jurisdicción Especial de Paz.

Luego de este repaso de las formas de procesamiento existentes en Colombia, hay que delimitar el objeto de análisis. Aquí nos ocuparemos de la forma de procesamiento penal establecida en la Ley 906/2004, en su versión ordinaria, esto es, fundamentalmente, aquella para los delitos no querellables, como lo son en su mayoría los que pueden ser ubicados bajo la denominación de delitos económicos, a excepción de las conductas tipificadas en los artículos 250A, 250B, 258, 270, 271, 306, 308 y 312 de la Ley 599/2000.

3) Actividad de la policía judicial conforme al debido proceso

Le Ley 906/2004 dispone en su artículo 114 num. 4, que la FGN tiene la atribución de “Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”. Y la ley diferencia los organismos que cumplen estas funciones así: órganos de policía judicial permanente, órganos que ejercen funciones permanentes de policía judi-

cial de manera especial dentro de su competencia, y órganos que ejercen transitoriamente funciones de policía judicial; ello aparece prescrito en la Ley 906/2004, en los artículos 201, 202 y 203, respectivamente. Son pues muchos y variados los organismos que cumplen las funciones de policía judicial. Se tiene que el CTI, Cuerpo Técnico de Investigación pertenece a la FGN, incardinada al poder judicial, mientras que la SIJIN está adscrito a la Policía Nacional, que hace parte del ejecutivo. De destacar también que la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las autoridades de tránsito, las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, así como los miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, los alcaldes municipales y los inspectores de policía, ejercen funciones de policía judicial. En esta amalgama de instituciones, es necesario considerar dentro de las que ejercen las funciones de vigilancia y control el papel desempeñado por las Superintendencias, que por las funciones asignadas son quienes más se relacionan directamente con el conocimiento y persecución, desde el ámbito del derecho administrativo sancionador, de conductas que pueden considerarse como delitos económicos.

Las Superintendencias son organismos que pertenecen al poder ejecutivo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 115 y 211 de la Constitución Política. Dentro de ellas destacan la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la Superintendencia Financiera (SIF) quienes en los últimos años han desplegado una actividad dentro de sus competencias, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, encaminadas a investigar y eventualmente sancionar a personas naturales y jurídicas que hayan cometido faltas administrativas que atenten contra los reglamentos de la actividad comercial y financiera, reglamentos que en entre otras cosas son creados por el poder ejecutivo. El problema surge cuando las superintendencias actuando bajo la legalidad del derecho administrativo sancionador pretenden llegar a realizar actuaciones como policía judicial con ánimo de trascender en el proceso penal, afectaciones a derechos fundamentales, desconociendo la dirección de la investigación y el control judicial (Gómez Colomer, 2103, p. 305)². Porque si bien es lo cierto que lo que es legal en aquella parcela del

² “Con la policía judicial nos encontramos de lleno con uno de los aspectos que más llevan al difícil equilibrio, por inestable, en el que siempre se mueve el proceso penal, porque existe necesidad de garantizar una investigación eficaz, que en realidad únicamente puede conseguir una policía bien organizada y au-

ordenamiento, no necesariamente lo es en el proceso penal, máxime si este se entiende como una garantía para el procesado y donde no cabe la posibilidad de procesar penalmente a una persona jurídica. Hay que recordar que estos órganos no pueden realizar afectaciones medias o intensas a derechos fundamentales (Bernal y Montealegre, 2013, p. 655). Así pues, se tiene que las superintendencias actúan en el ámbito administrativo sin control alguno, en actuaciones que son totalmente inquisitivas, porque ellas formulan los cargos, acusan, y son ellas mismas quienes juzgan, y luego pretenden que estas actuaciones tengan validez *ipso jure* dentro de un proceso penal que se pueda seguir contra una persona natural por una presunta comisión de una hipótesis delictiva de carácter económico.

Claramente, en este intento de traspasar las fronteras de garantía que impone el proceso penal, el poder ejecutivo desconoce que en la Ley 906/2004 las actividades de investigación deben estar orientadas por un respeto a la legalidad; es así que no solo basta para que un proceso penal sea considerado acusatorio que el órgano que investigue y acusa sea distinto al que juzga, sino que la investigación que sirve de base a la acusación debe ser realizada conforme al respeto de las formas propias del proceso penal, en el sentido que lo reconocen Armenta Deu (2014, p. 224)³ y Frisch (2016). Y ello implica que las Superintendencias deban actuar como organismos de policía judicial en la persecución de los delitos económicos, bajo la dirección de la FGN y el control de un Juez de Garantías, dentro de los estándares del debido proceso constitucional. Pero en su afán persecutorio, aquellos órganos del poder ejecutivo consideran que las garantías penales son formalismos que afectan su accionar, por lo cual han buscado incluso a través de reformas legales, la posibilidad de actuar como acusadores en reemplazo de la FGN. En su ambiciosa pretensión, el titular de la SIC ha buscado a través de la presentación del Proyecto de Ley No. 38 de 2015, que se le conceda la posi-

ténticamente profesionalizada, y sin embargo ella, mero auxiliar en el proceso penal, no puede llevar formalmente la dirección de la investigación, que necesariamente ha de corresponder o a un fiscal o a un juez por fuerza de la ley”.

³ “En definitiva, la ilicitud probatoria plantea, si para obtener una sentencia más justa, vale todo o, si por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aun al precio de no poder la función jurisdiccional y realizar el derecho penal”.

bilidad de ejercer en ciertos casos la acción penal⁴. Esta situación ha generado no pocos reparos incluso desde la perspectiva del Derecho comercial y de la competencia, como lo ponen de presente (Arciniégas y Onofre, 2016, p. 94)⁵.

La persecución de la criminalidad económica no puede llevar a que se desconozcan las garantías penales reconocidas en la propia sede constitucional. Es bien sabido que a día de hoy existe una distancia que a veces se torna insalvable entre la teoría del delito y aplicación en el proceso penal frente a los delitos económicos (Volk, 2016). Con todo, ello no puede implicar que en vez de mejorar el rendimiento del lenguaje de la teoría del delito se desconozcan garantías procesales en un afán mostrar resultados ante la opinión pública. Por supuesto, es viable la discusión de la fórmula que propone Silva Sánchez en cuanto a un sistema penal de varias velocidades, argumentando diferentes garantías para diferentes situaciones (Silva, 2008, p. 167), pero ello siempre implicará no dejar lado la intensa y profunda relación en Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, como lo hemos propuesto en trabajos anteriores (Molina López, 2012, pp. 73 a 96).

4) Conclusiones

De todo lo anterior puede concluirse la necesidad de delimitar un modelo de procesamiento penal que vaya acorde a los postulados constitucionales y que posibilite la aplicación de una teoría del delito a los casos concretos. Es pues necesaria la reconsideración de una teoría del delito que tenga en cuenta formas de criminalidad inexistentes a comienzos del siglo XX pero que hoy en día hacen parte de la cotidianidad, como con la criminalidad organizada, con repercusión en el ámbito económico y a través de medios informáticos.

⁴ *Vid.* Proyecto de Ley No. 38 de 2015, Senado, art. 11.

⁵ “En este orden de ideas, en la medida en que la SIC continúe siendo una entidad vinculada al Gobierno, y que el jefe de la entidad y sus delegados sean agentes de libre nombramiento y remoción, no existe verdadera garantía para el investigado de que cualquier indagación que se emprenda sea ajena a intereses políticos”.

En línea con lo anterior, y mientras ello sucede, por lo menos se debe plantear la delimitación clara de funciones de policía judicial de las instituciones que la Ley 906/2004 faculta para ello, estableciendo las políticas que permitan una coordinación ágil y efectiva de la FGN. Sin duda, no puede seguir desconociéndose la necesidad en que estas actividades coordinadas por la FGN deben ser sometidas a un control del Juez de Garantías para garantizar su validez en la actuación y el respeto por los derechos fundamentales de los involucrados.

5) Bibliografía

- Arciniégas, Fernanda y Onofre, Pablo. (2016). Ocho comentarios al Proyecto de Ley 038 de 2015, En: *Revista Con-texto*, n.º 45, pp. 65-101. Recuperado de: <https://doi.org/10.18601/01236458.n45.05>
- Armenta Deu, Teresa. (2014). Estudios sobre el proceso penal acusatorio. Bogotá: Temis.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. (2013). El proceso penal (6ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Frisch, Wolfgang. (2016). Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento. En: Ambos, Kai *et al.* (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp. 53-81). Göttingen: Göttingen University Press.
- Gómez Colomer, Juan Luis. (2013). El proceso penal constitucionalizado. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Molina López, Ricardo. (2012) La conformidad en el proceso penal. Bogotá / Medellín: Universidad de Los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Pontificia Bolivariana.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2008). La expansión del derecho penal (2ª ed.). Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F.
- Prittowitz, Cornelius. (2016). ¿Derecho penal especial, Derecho penal económico? En: Ambos, Kai *et al.* (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp. 103-111). Göttingen: Göttingen University Press.
- Volk, Claus. (2016). Criminalidad económica? En: Ambos, Kai *et al.* (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp. 139-148). Göttingen: Göttingen University Press.

S

Sobre los autores

Ricardo Molina López: Doctor en Derecho penal de la Universidad de Sevilla (España), Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Especialista en Derecho penal de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho financiero y de los negocios de la UPB, Diploma en Estudios Avanzados (DEA) de la Universidad de Sevilla. Profesor titular de la UPB, miembro del Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal de la UPB.

Andrés Felipe Duque Pedroza: Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho penal de la Universidad Eafit. Actualmente, cursa estudios de doctorado en Derecho en la Universidad Santo Tomás. Profesor asociado de la UPB, Director del Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal y de la Especialización en Derecho penal y procesal penal de la misma Universidad.



SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía e-mail a editorial@upb.edu.co
Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.

Esta obra se publicó
en archivo digital en el mes
de marzo de 2018.

El presente texto es una compilación de artículos académicos elaborados por profesores pertenecientes a distintas universidades latinoamericanas, referidos a los delitos económicos y patrimoniales. De este modo, aparecen trabajos sobre el riesgo permitido en el ámbito del tráfico económico, el análisis dogmático y político criminal de algunos delitos contra el orden económico y social, como son el lavado de activos y los delitos financieros propiamente dichos; así como un estudio de la corrupción pública y su incidencia en la afectación de la economía como bien jurídico. Dentro de esta órbita, se incluyen también trabajos que analizan el delito de estafa y la actuación de las autoridades administrativas en los procedimientos de la persecución penal en el ordenamiento colombiano.

