

LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

*Hernando A. Hernández Quintero**

1. PRESENTACIÓN GENERAL

El 24 de julio de 2001 inició su vigencia el nuevo Código Penal colombiano, contenido en la Ley 599 de 2000, texto que corresponde, en esencia, al proyecto presentado ante el Congreso de la República el 4 de agosto de 1998, por el fiscal general de la nación, ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. El propósito de la iniciativa se centró en actualizar el estatuto punitivo, particularmente en armonizarlo con la Constitución Política que rige los destinos de nuestra patria a partir de 1991, al igual que incorporar al catálogo de penas una serie de comportamientos delictuales contenidos en estatutos especiales, como el aduanero y el financiero, entre otros. Esta loable finalidad se logró a cabalidad en lo atinente a los punibles que afectan el orden económico social, figuras que aparecían en el código derogado en el título VII y ahora se ubican en el X.

En este artículo se comentarán los aspectos relevantes en relación con las modificaciones que introduce el nuevo Código Penal colombiano en materia de delitos económicos, o delitos socioeconómicos o, como prefirió llamarlos el estatuto, *Delitos contra el orden económico social*.

Ante todo es preciso mencionar, en forma muy general, que se aumentan considerablemente las penas que se impondrán en los diversos tipos penales de contenido económico, atendiendo al grave daño que generan en la economía nacional y en el

* Profesor de posgrado en derecho penal, Universidad Externado de Colombia.

patrimonio individual, escuchando así el clamor de la comunidad que observa con desconsuelo que los responsables de grandes defraudaciones que afectan amplios sectores de la sociedad, reciben por sus irresponsables comportamientos reducidas penas, cuando el proceso culmina con sentencia condenatoria.

De otra parte, se crea el delito de agiotaje y se mejora la redacción del punible del pánico económico. Se corrigen también los inexplicables errores en que se incurrió en el pasado en la tipificación de los delitos de usura y de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, los cuales dificultaban la aplicación de condignas sanciones por estas conductas desviadas.

Asimismo, se consagró como conducta delictiva la importación ficticia, pues nada justificaba que se sancionara la exportación simulada, dejando sin castigo este comportamiento que permitió en el pasado a conocidos delincuentes de cuello blanco, apoderarse de divisas oficiales y enriquecerse con su negociación, acreditando luego ilícitamente procesos de importación que no se realizaron en realidad.

Se crea, en igual forma, el tipo penal de evasión fiscal, descripción con la cual se atiende a la perentoria prescripción del inciso sexto del artículo 336 de la Carta Política. Aparece también como delito autónomo el ofrecimiento engañoso de productos y servicios, proceder que se encontraba sin sanción de orden penal.

Por último, se organiza adecuadamente en el Título x las normas sobre conductas que atentan contra la intervención del Estado en la economía que se encontraban dispersas. De esta forma, en el capítulo I del título en comentario, se mantienen las figuras de acaparamiento, la especulación y otras infracciones. En el capítulo II se incluyen los delitos contra el sistema financiero que en el pasado aparecían en el Decreto 663 de 1993, conocido como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionándole la conducta de la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e intermediarios. En el capítulo III se ubica el punible de urbanización ilegal; en el IV el contrabando y en el V el lavado de activos, creado por la Ley 365 de 1997.

2. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como es bien sabido, uno de los elementos que estructuran el tipo penal lo constituye el bien jurídico que el legislador busca tutelar y que resulta vulnerado con el actuar del sujeto activo. Tradicionalmente este bien jurídico coincide con el nombre que el autor de la ley le otorga al título en el que agrupa algunos comportamientos que guardan relación. Así, el título VII del Código derogado se bautizó como *delitos contra el orden económico social*. Este nombre se mantiene en el Título X del nuevo estatuto penal, el cual constituye el objeto de nuestro análisis.

El orden económico social, como bien digno de protección penal, ha sido definido como el conjunto de normas con las cuales el Estado garantiza su intervención en la

economía. De esta forma, 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.

La intervención del Estado en la economía a la que nos referimos en la anterior definición, fue incluida, en forma muy tímida, en la Constitución de 1886. En la reforma constitucional de 1936, ideada y defendida por DARÍO ECHANDÍA, se precisó, de manera clara, en el artículo 11, norma que, con algunos retoques, se mantuvo en las reformas de 1945 y 1968. Ahora, este mandato se recoge técnicamente en el artículo 334 de la Carta en vigencia desde 1991, en la cual se establece: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado, el cual intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del ambiente sano”.

Ahora bien, en razón al poco desarrollo del concepto en mención para 1936, en el Código Penal expedido en dicho año, en el Título “De los delitos contra la economía, la industria y el comercio”, se incluyeron apenas algunas figuras de las que atentan contra este bien jurídico. Más tarde, y con el auge de los criterios impulsados por la reforma constitucional de 1936 y la aparición en 1939 del concepto del delito de cuello blanco, teoría elaborada por el sociólogo norteamericano EDWIN SUTHERLAND, el estatuto penal acogido en 1980 por Colombia crea el Título VII, “Delitos contra el orden económico social”, en el cual tipifica, en avance digno de encomio, los comportamientos que lesionan o ponen en peligro este bien jurídico.

Con todo, a poco andar de esta reforma, se presenta la gran crisis financiera de 1982, en la que se advierte el proceder ilícito de algunos banqueros, comportamientos que al parecer no encontraban acomodo en el estatuto punitivo, situación que obligó a dictar, sobre la marcha, el Decreto 2920 de 1982, en el que se incorporaron tres conductas punibles de carácter financiero: la utilización indebida de fondos captados del público; la concentración de crédito y el ejercicio ilegal de la actividad financiera. Luego, Colombia se compromete en la Convención de Viena de 1988, a introducir al Código Penal el delito de lavado de activos, responsabilidad que asume con la Ley 365 de 1997, que crea el delito de lavado de activos y de omisión de control. Asimismo, la doctrina ha evidenciado algunos problemas de redacción en los tipos penales contenidos en el título de los punibles contra el orden económico social, lo cual permite a los delincuentes evadir su responsabilidad (usura, desviación de crédito oficialmente regulado, entre otros).

Las dificultades señaladas en precedencia se superan con creces en el nuevo Código Penal, el cual, en el Título X, “Delitos contra el orden económico social”, corrige las equivocaciones del estatuto de 1980 e incluye los comportamientos que con el avance

de la delincuencia han aparecido en la realidad social. Es ésa justamente la función de un código penal, tratar de aprisionar en su articulado los fenómenos que a diario aquejan a la sociedad y a fe que en este título, a nuestro juicio, se ha logrado, como se evidencia en el análisis individual de los tipos penales que sufrieron modificación o que fueron creados por la Ley 599 de 2000, a los que nos referimos a continuación.

3. AGIOTAJE

Este hecho punible aparece en el nuevo Código Penal en el artículo 301, con la redacción que en el estatuto derogado se utiliza para el pánico económico en el artículo 232. La infracción a la ley penal consiste en este evento en realizar maniobra fraudulenta con el fin de procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación. La reubicación de este concepto como delito de agiotaje es quizás una de las mayores modificaciones en el título en estudio y su razón de ser se encuentra en la dificultad de ubicar punitivamente comportamientos como el que afectó al Banco Davivienda, que motivó retiros de fondos por 30 mil millones de pesos, por cuenta de un rumor difundido, vía internet, en el que se anunciaba una posible intervención de esa institución financiera. Por ello, cuando se discutía el proyecto del nuevo Código Penal, expresamos ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes:

“Al revisar el tipo penal de pánico económico, se encuentra que en él se sanciona el realizar maniobra fraudulenta para procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad o el de los salarios, materias primas, acciones o valores negociables. Como puede observarse, en ninguna parte de esta norma se prevé la posibilidad de que el pánico económico se genere por maniobra fraudulenta que provoque o estimule la corrida de depósitos de una entidad financiera, que es el daño concreto que puede causarse a dichas entidades y al orden económico social, cuando estas insidiosas afirmaciones se producen”.

En respuesta a la situación comentada, el legislador decidió convertir la norma existente sobre pánico económico en tres disposiciones: el artículo 301, que sanciona el agiotaje; el artículo 302, que castiga el pánico económico, y el artículo 317, sobre manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e intermediarios.

En el agiotaje, denominación utilizada corrientemente por la mayoría de las legislaciones penales, se ubicó entonces la conducta de quien con el fin de perturbar el mercado interno de productos de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación, publique o divulgue, en cualquier forma, noticias falsas, exageradas o tendenciosas, o emplee otros artificios aptos para ocasionar tal resultado. La maniobra fraudulenta bien puede ser el comentario en un periódico o noticiero radial, un fax o un correo electrónico,

con datos mentirosos y que impulse a los ciudadanos a tomar decisiones que afecten el orden económico social.

Como modificaciones importantes frente a la anterior figura del pánico económico, se destacan en el punible de agiotaje, la inclusión de los conceptos de bienes muebles o inmuebles y los servicios que sean objeto de contratación (ingredientes normativos), como elementos que pueden sufrir alteración en su precio por la conducta fraudulenta del sujeto activo. Asimismo, la pena se incrementa de un mínimo de seis meses a dos años y el máximo de cuatro a ocho años y la multa se aplicará entre 50 a 500 salarios mínimos legales vigentes. Se mantiene el agravante de la punibilidad cuando el resultado propuesto se obtiene, es decir, cuando se logra alterar el mercado, evento en el cual la sanción se aumentará hasta en la mitad.

4. PÁNICO ECONÓMICO

En el nuevo estatuto penal el pánico económico se sanciona en el artículo 302, reservándose este punible para castigar a los ciudadanos que divulguen al público o reproduzcan en un medio o en un sistema de comunicación pública o información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido.

Con la nueva redacción, el delito en estudio se ajusta, en mejor forma, al criterio conocido doctrinalmente como pánico económico, el cual, según la opinión del profesor RAMÓN ACEVEDO BLANCO, siguiendo una interpretación mitológica, “es miedo grande, intenso, que tiene la particularidad de ser contagioso, como el que causan los actos de terrorismo (terror, pánico). La voz pánico tiene origen en el dios Pan de los griegos, de quien decían que era tan feo, que su presencia causaba terror. Por consiguiente, pánico económico es el terror que en los gestores de negocios (sobre todo en instituciones bancarias y financieras, en las bolsas de valores, etc.) causan los rumores, las noticias exageradas, las operaciones sorpresivas (generalmente ficticias) por las reacciones en cadena y en ocasiones desesperadas que tales actos suscitan, los cuales perturban profunda y fatalmente a veces el orden económico social”. Así, en este comportamiento tendrán plena tipificación, conductas como la desplegada por el ciudadano que, a través de una falsa información, difundida vía internet, generó retiros de fondos de Davivienda, por cerca de 30 mil millones de pesos.

En el inciso segundo de la norma comentada se reprime a quien divulgue o reproduzca la información falsa o inexacta, con el propósito de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

Al respecto, es preciso anotar que en esta nueva disposición se agrega “capitales nacionales”, que no aparecía en el anterior Código Penal. Sobre el tema, en su momento afirmamos ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que estudiaba el proyecto del estatuto: “Encontramos loable que se proteja la inversión extranjera en el país, pero resulta inaceptable que tal protección no se pregone para los capitales nacionales, los cuales también pueden retirarse de Colombia como consecuencia de rumores, noticias exageradas o mentirosas que motivan el pánico económico”.

Como ejemplo de situaciones que generan la conducta que se quiere sancionar, puede citarse el rumor creíble sobre una posible nacionalización del transporte o la banca, versiones que bien pueden provocar o estimular que los inversionistas nacionales o extranjeros decidan enviar sus capitales al exterior, con profundo daño para el orden económico social del país.

También se incluye a las empresas de servicios como potenciales víctimas del retiro de personal con motivo de divulgación al público de la información falsa e inexacta, sumándose así a las empresas industriales y agropecuarias que se mencionaban en el antiguo tipo penal de pánico económico.

Finalmente, debe anotarse que la pena que se impondrá por el punible comentado se aumenta considerablemente, al pasar de un mínimo de seis meses a dos años y un máximo de cuatro a ocho años. La multa por imponer oscila entre 50 a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes. La pena se aumentará hasta en la mitad, si se produjere el resultado que se propone el responsable del delito.

5. LA USURA

Sin lugar a dudas, uno de los tipos penales en el que se producen sensibles modificaciones en el nuevo Código Penal, lo constituye el ilícito de usura, reprochable comportamiento que, por errores de técnica legislativa, se convirtió en norma inaplicable en el estatuto derogado. Así, por razones inexplicables, en la comisión revisora del proyecto de 1979, que se convirtió en el Código de 1980, se modificó la norma dando la oportunidad para interpretar que, únicamente, cuando el usurero cobrara el valor que superara el rédito autorizado en la ley, en el término de un año (12 meses), se concretaba el ilícito.

Atendiendo las reiteradas críticas de la doctrina, la nueva cartilla de penas eliminó la absurda exigencia temporal a la que nos referimos en precedencia y en el artículo 305 sanciona a “quien reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que en el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla”.

Es preciso advertir que, por decisión de 14 de febrero de 2001, de la honorable Corte Constitucional, la expresión “en el término de un año”, del artículo 235 del Código Penal derogado, fue declarada inexecutable, razón por la cual, de alguna manera, se adelantó la aplicación del criterio que adoptó el nuevo Código Penal.

Se destaca también de la norma que en el futuro se utilizará el criterio de “interés corriente”, que es el que se cobra normalmente en una plaza y no el que se aplicó en la preceptiva que ha perdido vigencia, que es el de los “créditos de libre asignación”, el cual corresponde al que cobran las entidades financieras por los préstamos que conceden libremente a sus clientes y que pueden otorgarse sin sujeción a cupos o líneas especiales. Debe precisarse que el interés de estos créditos es ostensiblemente más elevado que el corriente. De esta manera, el margen de “utilidad” se reduce para el usurero y se logra un mayor equilibrio en las operaciones comerciales.

En Sentencia C-479 de 2001, de la honorable Corte Constitucional, con ponencia de RODRIGO ESCOBAR GIL, la alta corporación declaró la exequibilidad del artículo 305 del Código Penal, Ley 599 de 2000, “siempre y cuando se interprete que la certificación de la Superintendencia Bancaria a la que hace referencia es la que se haya expedido previamente a la conducta punible y que se encuentre vigente en el momento de producirse ésta”.

Al respecto, NILSON PINILLA PINILLA comenta en su iluminante artículo “Algunas acotaciones sobre los delitos contra el orden económico social en la Ley 599 de 2000”: “Como la Superintendencia, para el caso, se concreta a certificar, esto es, a hacer constar o dar por cierto algo acaecido, le correspondería verificar la tasa en lo atinente al período ya transcurrido, con los datos que le aporta la banca comercial. Pero así no sería inequívoca, expresa y clara la descripción de la conducta, pues no se conocería previamente una básica característica estructural.

Si, por el contrario, de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional en su citada Sentencia C-479 de 9 de mayo de 2001, la certificación debe haberse expedido antes y hallarse vigente en el momento de producirse la conducta merecedora del juicio de reproche, constituirá una probabilidad de lo que sería la tasa de acuerdo con los datos que hagan posible calcularla con antelación, mas sólo después se tendrá la información que permita precisarla”¹.

Así, se evidencia que el legislador mejoró la redacción de la norma de usura, esperándose que con la nueva estructura se sancione condignamente a quienes se aprovechan de la necesidad ajena.

La punibilidad se incrementa de un mínimo de seis meses a dos años y se pasa de un máximo de tres a cinco años. La multa se impondrá entre 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1. NILSON, PINILLA PINILLA. “Algunas acotaciones sobre los delitos contra el orden económico social en la Ley 599 de 2000” en *Estudio sobre los nuevos códigos penales*, Universidad de Salamanca, Centro Bogotá, Cultural en Bogotá y Corte Suprema de Justicia, Edit. Guadalupe, septiembre 2001, p. 190.

Aún más severa será la pena para quienes obtengan interés usurario al comprar cheque, sueldo, salario o prestación social, toda vez que la sanción oscila entre tres (3) y siete (7) años de prisión y multa de 100 a 400 salarios mínimos legales, cuando en el pasado la pena se dosificaba entre ocho meses y cuatro años y una multa de un mil a cincuenta mil pesos.

6. LA EXPORTACIÓN FICTICIA

Con este comportamiento, tipificado por primera vez en nuestro ordenamiento penal en el Código de 1980 (art. 240), se propuso el Estado sancionar a quienes, simulando una exportación, pretendan obtener los incentivos que el Estado concede para alentar este tipo de actividades de trascendental importancia en la vida económica del país. En la nueva cartilla de penas este punible se mantiene, mejorando su redacción, en el artículo 310.

El artículo 166 del Decreto-Ley 444 de 1967, más conocido como el Estatuto Cambiario, modificado por el artículo 12 del Decreto 688 de 1967, estableció en favor de aquellos que demuestren haber efectuado en forma legal exportaciones de bienes diferentes al café, petróleo y sus derivados y cueros crudos de res, la entrega de Certificados de Abono Tributario (CAT), en un porcentaje equivalente al 15% del valor total del reintegro. Estos títulos son documentos de deuda pública emitidos al portador (a partir de 8 de agosto de 1996, Dcto. 1403 de 1996), libremente negociables, exentos de impuestos y cuyo fin primordial lo constituye el pago de la obligación impositiva a cargo de su tenedor legítimo, dentro de los tres años siguientes a la fecha de su expedición. El CERT (Certificado de Reembolso Tributario) vino a sustituir al CAT, atendiendo los mandatos de la Ley 48 de 20 de diciembre de 1983.

En 1991, las exportaciones ficticias obligaron a la Superintendencia de Cambios a imponer multas por \$19.600 millones contra 232 personas naturales y jurídicas. En noviembre de 1992, la entidad mencionada en precedencia aplicó multas por más de \$29.000 millones, a un grupo de exportadores ficticios que fingían vender confecciones y textiles hacia Panamá, Venezuela y las Antillas. En el mes de febrero de 1992, exportadores ficticios pretendieron, utilizando la figura jurídica de la tutela, obtener la entrega de 1.400 millones de pesos del Banco de la República, defraudación que se evitó gracias a la acción coordinada y decidida de los organismos del Estado.

Como puede verse, el perjuicio que causa este delictual comportamiento al orden económico social amerita una condigna sanción, propósito que se logra en el nuevo Código Penal, estatuto que consagra un mínimo de pena de dos años de prisión (antes uno), conservando el máximo de ocho años de prisión y una multa de 50 a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Innovación importante en este tipo penal lo constituye el hecho de que en el futuro sólo se sancionará la exportación o la importación ficticia cuando el provecho ilícito que se propone el sujeto activo, sea de *origen oficial*.

Asimismo, acogiendo el clamor de la doctrina, también se sanciona ahora *la importación ficticia*, pues, no existía una razón atendible para que el legislador se preocupara por castigar la simulación de exportación y se abstuviera de tipificar la importación simulada, conducta que genera enorme perjuicio a la economía nacional.

7. APLICACIÓN FRAUDULENTE DE CRÉDITO OFICIALMENTE REGULADO

El gobierno colombiano, en desarrollo del mandato constitucional sobre intervencionismo de Estado en la economía, destina, para el apoyo de actividades indispensables para obtener un acelerado crecimiento, cuantiosos recursos canalizados a través del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO), el Instituto de Fomento Industrial (IFI) y el Banco de Comercio Exterior (BANCOLDEX), dineros que deben utilizarse en actividades agropecuarias o industriales, entre otras.

Empero, como se generalizó en el país la conducta desviada de obtener estos créditos de fomento y destinarlos a otras actividades que les reportan a sus beneficiarios mayores ganancias, con menores riesgos, el legislador se vio precisado a sancionar dicho comportamiento por vía penal, en el entendido de que quien así procede está impidiendo el acceso al crédito de otros ciudadanos que sí le darían el uso para el que se les aprobó.

De esta forma, en el artículo 241 del Código Penal de 1980 se preceptuó: “El que con destino a actividad industrial o agropecuaria obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en arresto de seis meses a tres años y multa de cinco mil a un millón de pesos”.

Inexplicablemente, a los pocos días de promulgado el estatuto penal se expidió el Decreto 172 de 1980, en el que se agrega al artículo la palabra *finalmente*, reglando entonces la norma que “El que con destino a actividad industrial o agropecuaria obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé *finalmente* la aplicación a que está destinado...”, con la cual se llegó a la interpretación doctrinal que un beneficiario del crédito puede utilizarlo irregularmente por un tiempo y, *finalmente*, esto es, al culminar el plazo máximo concedido, aplicarlo al proyecto propuesto, por ejemplo, la ganadería o la compra de maquinaria.

Es éste uno de los tipos penales en el que se logra un avance importante en el nuevo Código Penal, que en su artículo 311, de una parte, elimina la expresión *finalmente*, que, se repite, tornaba en inaplicable la norma, y también se aclara que la sanción se impone a quien obtenga el crédito con destino a cualquier actividad fomentada por el Estado, superando la redacción de la anterior norma, que lo limitaba a las operaciones de carácter agropecuario o industrial.

8. DELITOS FINANCIEROS

En 1982 el sistema financiero colombiano sufrió uno de los mayores descalabros de que se tenga noticia en nuestra historia. En efecto, como consecuencia de múltiples factores que se venían confabulando contra nuestro ordenamiento bancario, tales como problemas en materia de control, concentración de operaciones de crédito y depósito en pocas manos y, en ocasiones, la falta de seriedad en su manejo, en dicho año estalló esta crisis que tanto daño causó a nuestra economía y a cerca de 75.000 ahorradores, produciéndose pérdidas por cerca de \$242 mil millones, que, a valor presente, pueden superar los seis billones de pesos, situación que obligó al gobierno de turno a dictar el Decreto 2920 de 1982, con el que se procuró asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano.

En el capítulo III del Decreto, bajo la denominación de “Protección penal de la confianza en el sistema financiero”, en los artículos 18, 19 y 20 se tipificaron como delitos los comportamientos de la absorción interfinanciera; la concentración del crédito y el ejercicio ilegal de la función de intermediación financiera, conductas que fueron reiteradas como hechos punibles en el Decreto 1730 de 1991, actualizado por el Decreto 663 de 2 de abril de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Así, en el mencionado Decreto 663 de 1993, en su artículo 208, encontramos actualmente sancionados, por vía penal, los comportamientos de: “La utilización indebida de fondos”; “Operaciones no autorizadas con accionistas” y “La captación masiva y habitual”.

Como lo mencionamos al iniciar estos comentarios, uno de los propósitos de la Fiscalía General de la Nación, al presentar el proyecto del nuevo estatuto penal, lo constituía el reagrupar en el Código los comportamientos estimados como delictuales que se encontraban dispersos en estatutos especiales.

Pues bien, los delitos financieros son claro ejemplo del logro de esta sana intención, toda vez que en el Título x “Delitos contra el orden económico social”, se creó el capítulo segundo: “De los delitos contra el sistema financiero”, en el cual se agruparon los comportamientos que se encontraban en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dcto. 663 de 1993) y se crea la figura de “Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e intermediarios”.

No sobra advertir que estas conductas son también castigadas a través del derecho administrativo sancionador, por parte de la alta policía económica (Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Valores), con consecuencias, generalmente, de carácter pecuniario.

Para mayor claridad, realizamos a continuación el estudio de las modificaciones que se introducen en el nuevo Código Penal a estas figuras de contenido financiero.

8.1. Utilización indebida de fondos captados del público

En la crisis financiera vivida por el país en 1982 se detectó que una de las conductas desplegadas por sus responsables para defraudar a la comunidad, la constituyó el apoderarse del dominio de entidades dedicadas a la actividad económica, utilizando para ello los recursos que captaban del público en entidades bancarias bajo su dirección o administración.

Este comportamiento se encontraba prohibido por vía del derecho administrativo sancionatorio, en el Decreto 2388 de 1976, que castigaba a las entidades controladas por la Superintendencia Bancaria, con excepción de las empresas 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. La sanción consistía en multas sucesivas hasta el doble de la infracción.

A su vez, el Decreto 3604 de 1981 sancionaba la utilización del ahorro privado para adquirir el 10% o más de las acciones suscritas de los bancos comerciales, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de seguros y compañías de financiamiento comercial, sin la autorización de la Superintendencia Bancaria. La consecuencia consistía en la declaratoria de ineficacia de pleno derecho de la operación, sin que fuera necesaria la intervención judicial y la pérdida del derecho de acceso a las operaciones de los fondos administrados por el Banco de la República.

No obstante, como la regulación de orden administrativo resultó insuficiente para controlar a los delincuentes de cuello blanco que realizaban este comportamiento, el gobierno, a través del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, creó el delito de “utilización indebida de fondos captados del público”, conocido también como “la absorción interfinanciera”, en el cual se sanciona a los “directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las entidades financieras que, utilizando fondos captados del público los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades”.

Como puede observarse, este hecho punible sólo lo puede realizar un sujeto activo calificado, esto es, quien tiene especiales calidades, tales como ser miembro de la Junta Directiva, administrador, representante legal o funcionario de entidades bajo el control de la Superbancaria.

Este comportamiento fue luego recogido en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en el artículo 208, numeral 1.

Ahora, el nuevo Código Penal en su artículo 314 reitera la sanción de esta odiosa conducta, incluyendo como posibles infractores, además de los directores, administradores, representantes legales o funcionarios de entidades vigiladas por la

Superintendencia Bancaria, a quienes posean estos cargos en entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores o de la Superintendencia de la economía solidaria. De esta forma se amplía el radio de acción de la norma a otras entidades que en el pasado escapaban a su aplicación, tales como las bolsas de valores y las cooperativas que ejercen actividad financiera. La pena por imponer se mantiene en un mínimo de dos años y un máximo de seis años y se agrega una multa hasta de \$50.000.00 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8.2. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (autopréstamos)

Como una de las causas de la gran crisis financiera de 1982 fue señalada la concentración de operaciones de crédito y depósito en unas pocas manos. En efecto, algunos accionistas de entidades financieras obtuvieron cuantiosos créditos directa o indirectamente y luego incumplieron sus obligaciones, causando gran deterioro en los estados financieros de estas instituciones y daño a la economía del país, que debió asumir tales costos.

La conducta comentada en precedencia aparecía claramente regulada a través del derecho administrativo sancionatorio, en el Decreto 3604 de 1981. La normatividad era precisa en cuanto a la prohibición para las entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria de conceder préstamos a las personas naturales o jurídicas que llegaran a poseer o adquirir en el ejercicio anual una participación superior al 10% de las acciones de dicha entidad.

Existían también prescripciones para que las instituciones comunicaran a la Superintendencia Bancaria la concesión de préstamos por encima de \$50 millones, con lo cual se advertía a esta entidad de control sobre posibles abusos en la concesión del crédito. Estos préstamos debían ser aprobados unánimemente por todos los miembros de la Junta Directiva. Con todo, el Decreto 1839 de 22 de junio de 1982, autorizó a las compañías de autofinanciamiento industrial o de servicios, que fueron en la práctica ventanillas que captaban y prestaban dinero que los bancos no estaban interesados en recibir por razón de los márgenes de encaje, para que entregaran en préstamo a cada socio hasta diez veces el patrimonio de todos los socios, permitiendo así quebrantar los bien intencionados propósitos del Decreto 3604 de 1981.

Ante la ineficacia del derecho administrativo sancionador frente a las conductas comentadas, el legislador de emergencia incluyó como delictivo, en el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, la “concentración de crédito” o “autopréstamos”, sancionando con pena de dos a seis años a “los directores, administradores, representantes legales o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria que otorguen créditos o efectúen descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales”.

De esta forma, cuando el préstamo concedido a un accionista de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria supera el 10% del patrimonio técnico (capital

primario + capital secundario) de dicha institución, estamos frente a un delito de concentración de créditos o autopréstamos.

El nuevo Código Penal, en su artículo 315, reitera como delictual el comportamiento al que nos hemos referido, incluyendo también como posibles responsables a los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las entidades bajo el control de la Superintendencia de la economía solidaria, esto es, que en el futuro pueden incurrir en este delito quienes desempeñan estos cargos en entidades cooperativas que ejerzan actividad financiera, además de los encargados de tales responsabilidades en instituciones bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria. A la pena de dos a seis años de prisión se adiciona ahora una multa hasta de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8.3. El delito del ejercicio ilegal de la función de intermediación financiera

Como es conocido, la función de intermediación de recursos constituye el objeto y razón fundamental del sector financiero. Empero, esta gestión se desnaturaliza por la presencia en el mercado de individuos y personas jurídicas que sin una infraestructura adecuada, carentes de solidez económica y desde luego, sin contar con la necesaria autorización de la Superintendencia Bancaria o de la Superintendencia de la economía solidaria, se dedican a recibir dineros del público que desea mayores réditos por su capital y evadir las obligaciones tributarias, sin reparar en el riesgo a que se enfrentan, viendo luego desaparecer, como por arte de magia, el producto de una vida de esfuerzos o, en una palabra, los ahorros de que dispone el ciudadano.

Para controlar este comportamiento se dictó en su momento el Decreto 1970 de 1979, que prohibía ejercer, sin autorización de la Superintendencia Bancaria, la intermediación financiera, conminando con sanciones pecuniarias a sus infractores. No obstante, ante la ineficacia del derecho administrativo sancionador para controlar esta conducta, el legislador incluyó como delictivo este proceder, en el artículo 20 del Decreto 2920 de 1982, norma trasladada luego al artículo 208 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Así, se erigió en delito el captar masiva y habitualmente recursos del público, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente (Superintendencia Bancaria, Superintendencia de la economía solidaria). Para concretar la conducta punible se requiere, según lo preceptuado en los decretos 3227 de 1982 y 1981 de 1988, las siguientes condiciones: que el pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte personas o por más de cincuenta obligaciones, contraídas directamente o a través de interpuesta persona. Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona y, finalmente, 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.

En el nuevo Código Penal, este comportamiento se reitera como delictual en el artículo 316, manteniendo la descripción del estatuto derogado, con la única modificación de adicionar a la pena principal de dos a seis años de prisión, una multa, la cual puede alcanzar los cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

8.4. Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e intermediarios

Como un comportamiento que atenta contra el sistema financiero fue incluida esta figura que, en el pasado, por lo menos en forma parcial, se sancionaba en el artículo 232 del Código Penal como delito de pánico económico. En efecto, en la norma citada se castigaba el realizar maniobra fraudulenta con el fin de procurar alteración, entre otros, de las acciones o valores negociables.

La acción, como mencionamos en nuestro trabajo *Los delitos económicos en la actividad financiera*, “corresponde a la cuota o parte del capital social que el accionista posee en una determinada sociedad y que le permite disfrutar de un conjunto de derechos inherentes a su calidad de accionista”².

En cuanto a los valores negociables, señalamos al estudiar el Código Penal de 1980, que al hablar de ellos, el legislador se estaba refiriendo a los títulos valores reglados en el Código de Comercio (letra de cambio, pagaré, cheque, bonos, certificado de depósito, el bono de prenda, la carta de porte, el conocimiento de embarque, entre otros).

Ahora, con la redacción utilizada en el artículo 317 del nuevo estatuto, se pretende sancionar dos comportamientos; el primero, realizar transacciones con la intención (elemento subjetivo) de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores e intermediarios y una segunda conducta consistente en efectuar maniobras fraudulentas (operación engañosa) con la intención de alterar la cotización de los títulos mencionados en precedencia.

Como se recordará, en 1980, a través de operaciones por fuera del mercado (maniobra fraudulenta), expresamente prohibidas por la Ley 32 de 1979, el Grupo Grancolombiano, que tenía la administración de los Fondos Grancolombiano y Bolivariano, menoscabó el patrimonio de los inversionistas, obteniendo evidente e indebido beneficio. El juzgamiento por estos comportamientos resultó en extremo complicado, al punto que el punible, inexplicablemente, prescribió.

Estimamos que la redacción que se adopta en el artículo 317 facilitará el control por vía penal de estos odiosos comportamientos con los cuales se pretende inducir en

2. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

error a los ciudadanos en cuanto a la liquidez o el verdadero valor de los títulos que comúnmente se transan en las bolsas de valores. De hecho, los ingredientes normativos que se relacionan en la norma corresponden en forma precisa a los que tradicionalmente se utilizan en las bolsas de valores, con lo cual se evita que al aplicar la disposición se presenten dificultades en su adecuación típica.

9. EL LAVADO DE ACTIVOS

A no dudarlo, una de las conductas delictuales que mayor perjuicio ocasiona al orden económico social de un país, la constituye el lavado de activos que, en términos sencillos, consiste en el proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal, en moneda nacional o extranjera y los subsiguientes actos de simulación respecto de su origen para hacerlo aparecer como legítimo. La gravedad de este comportamiento se evidencia en el comentario de ROBERTO STEINER, investigador de Fedesarrollo, según el cual en nuestro país se podría lavar, anualmente, la suma de siete billones de pesos.

Colombia, al suscribir el 20 de diciembre de 1988 la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias sicotrópicas”, se comprometió a incluir en su Código Penal (Dcto. 100 de 1980), el delito de lavado de activos. En desarrollo de este convenio internacional, en la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), se modificó el artículo 177 del Código Penal para incluir, como un punible de receptación, el lavado de activos. Más tarde, el legislador promulgó la Ley 365 de 1997 y en ella creó, de manera técnica, el delito de lavado de activos, el cual fue incluido como artículo 247A del estatuto penal.

En la norma comentada se establece que: “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 o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, le 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 ese sólo hecho, en pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

“La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes que conforme al parágrafo del artículo 340 del Código de Procedimiento Penal, hayan sido declaradas de origen ilícito”.

En el nuevo Código Penal, en el Título x (Delitos contra el orden económico social), se creó el capítulo quinto (Del lavado de activos) y en el artículo 323, se reitera el hecho punible en estudio, conservando su estructura y con la única modificación de

incluir como delitos en los que puede tener origen el dinero ilícito que se pretende lavar, las conductas de “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”. De esta forma, se amplía el elenco de conductas delictuales generadoras del dinero sucio que se busca legitimar con la acción del sujeto activo (el lavador) y que el legislador procura sancionar ejemplarmente.

10. LAVADO DE ACTIVOS POR OMISIÓN DE CONTROL

La Ley 365 de 1997 creó el artículo 247B del Código Penal, para tipificar el delito de lavado de activos por omisión de control. A través de esta figura pretende el legislador sancionar al funcionario del sector financiero que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, se abstenga de consignar en formulario expreso y reportar luego ante la Superintendencia Bancaria el número y ubicación geográfica de las operaciones que realice la entidad para la que labore y cuya cuantía alcance el valor establecido por dicha entidad de control. A la fecha, por mandato de la circular 061 de 1996, dicha suma corresponde a \$10.000.000.00, o US\$10.000.

El antecedente de esta norma se encuentra en el Decreto 1872 de 1992, en el cual se estableció para los banqueros la obligación de dejar constancia, en formulario especialmente diseñado para el efecto, de la información relativa a las transacciones en efectivo que se realicen en moneda legal o extranjera, cuyo valor sea superior a las cuantías que periódicamente señale la Superintendencia Bancaria. Esta disposición fue incluida más tarde en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dcto. 663 de 1993), capítulo xvi, conocido como “Prevención de actividades ilegales”, en los artículos 103 y 104.

Según las voces del derogado artículo 247, son responsables del delito de lavado de activos por omisión de control, los empleados y los directivos (sujetos activos calificados) de instituciones financieras (vigiladas por la Superintendencia Bancaria) y los de las cooperativas de ahorro y crédito (vigiladas por el Dancoop), que con el fin de ocultar o encubrir el origen del dinero (ingrediente subjetivo, que indica un propósito específico), no cumplan con las obligaciones de control establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (arts. 103 y 104), consistentes, básicamente, en diligenciar el formulario de operaciones que superen una determinada cuantía establecida por la Superintendencia (actualmente \$10.000.000.00 o US\$10.000) y aquellos que no reporten ante dicha entidad del Estado el número de tales operaciones y su ubicación geográfica. Es conveniente aclarar que con la inclusión de las cooperativas que adelantan gestión financiera, como vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se califican, por mandato de la Ley 45 de 1990, como entidades financieras.

Los funcionarios del sector financiero pueden entonces ser investigados doblemente por una sola conducta, sin que se quebrante el principio del *non bis in idem*, pues así

lo permite expresamente la legislación sobre el tema. De esta forma, serán sancionados penalmente por los jueces de la República y administrativamente por la Superintendencia Bancaria, por infracción al Decreto 663 de 1993 (norma administrativa), por violación de lo preceptuado en los artículos 103 y 104 de dicha normatividad, con multas hasta de \$50.000.000 (Ley 365 de 1997). De otra parte, a las entidades a las que se encuentren vinculados podría aplicárseles, por los hechos comentados, multas hasta de mil millones de pesos y, adicionalmente, el Superintendente Bancario podrá ordenar al establecimiento multado, que destine una suma de hasta otros mil millones de pesos para la implantación de mecanismos correctivos de carácter interno, que deberá acordar con el mismo organismo de control (Ley 365 de 1997).

En el nuevo Código Penal, en el artículo 325, se reitera como punible este comportamiento con algunas modificaciones. Así, como posible sujeto activo, se señala también al Director, esto es, los miembros de las Juntas Directivas de las entidades financieras. Se corrige así el error que se advertía en el artículo 247B, en el que se consideraba como posible responsable del delito al Directivo.

En su momento, en nuestro trabajo *El lavado de activos*, precisamos en torno a este tema:

“Reiteramos nuestra consideración que constituye una equivocación el utilizar en la norma de omisión de control, el término Directivo, cuando pudo utilizarse el más técnico de director, si aceptamos que el precepto estaba refiriéndose a los miembros de las juntas directivas de instituciones financieras o a los integrantes del Consejo de Administración de las cooperativas de ahorro y crédito”³.

Asimismo, se establece la posibilidad de que el delito se ejecute por funcionario vinculado a cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito y, finalmente, se aclara que la omisión que se sanciona puede relacionarse con cualquiera de los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico y no exclusivamente por los señalados en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero, como lo precisaba el anterior estatuto penal. La pena se conserva en prisión de dos a seis años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para finalizar, reiteramos entonces que, a nuestro juicio, el legislador del año 2000 acertó en la redacción de las normas que sancionan los comportamientos que lesionan el orden económico social y que en el futuro se facilitará a los funcionarios judiciales el entendimiento y aplicación de estas normas, en el pasado de difícil concreción.

3. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. *El lavado de activos*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 108.

