

Delitos financieros y política criminal en Colombia

Financial crimes and criminal policy in Colombia

HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO

Abogado, magister en derecho penal y criminología y candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, profesor titular de la Universidad de Ibagué, y de postgrado en las Universidades Externado de Colombia, Pontificia Bolivariana de Medellín y Autónoma del Caribe y de la Universidad Libre de Colombia.
hahernandezq@hotmail.com

Recibido: 15 de Abril de 2011

Aceptado: 3 de Junio de 2011

RESUMEN

En Colombia los delitos contra el sistema financiero fueron creados por vía de la emergencia económica, como reacción a los aviesos comportamientos de algunos banqueros y por la captación ilegal de recursos del público, conductas que generaron cuantiosas pérdidas a los ciudadanos. La reforma a estos tipos penales ha sido el resultado de situaciones coyunturales, con lo que se evidencia una total ausencia de política criminal en esta materia. En este artículo de reflexión, se realiza un análisis de la forma como estos han llegado a la normatividad penal de Colombia, su evolución y, especialmente, su capacidad para combatir esta delincuencia que algunos asimilan con los delitos de cuello blanco.

Palabras clave: *Política criminal, delitos financieros, emergencia económica, fondos del público, autopréstamos, captación ilegal de recursos, manipulación fraudulenta, acciones,*

ABSTRACT

Crimes against the financial system in Colombia were created through economic emergency as a reaction to the immoral behaviours of some bankers and due to the illegal way of collecting money from people. These kinds of behaviours have caused substantial losses to the citizens. These offences were the result of a needed reform, which proved the complete absence of criminal policy on this subject.

In this article of reflection it wants to analyze how these norms have come to the penal law of Colombia, their evolution, and especially its ability to combat such crime that some assimilate with white-collar crime

Key words: *Criminal policy, financial crimes, economic emergency, self-loans, collecting money illegally, fraudulent manipulation, actions*

Introducción

Sucesos financieros como los que afectaron a Colombia a raíz del derrumbe de una captadora de dinero conocida como “dinero rápido, fácil y efectivo”, en adelante D.R.F.E., y la intervención por parte del gobierno de la pirámide financiera¹ creada por David Murcia Guzmán, llamada DMG., que en seis años captó 4.8 billones de pesos (El Tiempo, 2009), al igual que la multimillonaria defraudación de Bernard Madoff en los Estados Unidos que alcanzó la suma de US \$ 50.000 millones (Semana, 2009), han obligado a los gobiernos y a los ciudadanos a volver los ojos sobre las disposiciones relacionadas con los delitos contra el orden económico social, para verificar su eficacia frente a la apropiación de los recursos de la comunidad que, unas veces por ignorancia y las más de las veces por ambición, los entregan a “banqueros de hecho” sin vigilancia adecuada y carentes de los principios éticos necesarios para orientar esta actividad.

Desde la academia es prudente efectuar una revisión de la forma como estos ilícitos bautizados como financieros han llegado a la normatividad penal de Colombia, su evolución y, especialmente, su capacidad para combatir esta delincuencia que algunos asimilan con los delitos de cuello blanco (Tiedemann, 1985, p.10).

Desde luego, es preciso realizar un juicio a la política criminal para verificar si la construcción de estos tipos penales obedece a un estudio serio de los encargados de la tipificación de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos dignos de protección o si, por el contrario, atienden a situaciones coyunturales y con ellos se busca sólo aplacar la preocupación que estas conductas generan en la comunidad, en lo que se ha denominado por los estudiosos de la sociedad del riesgo como “populismo punitivo” (Sotomayor, 2009, p.285). Asimismo, es urgente verificar si la punibilidad que acompaña a estas descripciones es acorde con el perjuicio ocasionado al individuo y al orden económico social.

¹ Pirámides Financieras: Organizaciones ilegales captadoras de dinero. “Las pirámides dependen de la continuación del crecimiento: con lo que recogen de los nuevos ahorradores que ingresan, les pagan a los que han llegado primero y éstos se retiran con sus ganancias. Esto hace que quienes ya están en el sistema, se conviertan voluntaria o involuntariamente en cómplices de los gestores y traten de atraer más clientes para que les puedan pagar. Cuando la pirámide deja de crecer, hace crisis y los gestores se vuelan con la plata. Es un sistema infernal que deja de funcionar y se derrumba, como le decía, cuando no sigue creciendo con rapidez, o una vez que se descubre que no van a poder pagarles a todos.”. Tomado del periódico “El Espectador”. Noviembre 15 de 2008. entrevista al Exministro de Hacienda, Rudolf Hommes.

1. Conceptos básicos

Véase en primer lugar algunos conceptos básicos.

1.1. Política Criminal

Cuando en una sociedad se presentan comportamientos que alteran su normal desarrollo, la comunidad reacciona para exigir la sanción de sus responsables y para demandar acciones que eviten que dichas conductas se repitan. Cuando el análisis y la planificación de esas respuestas provienen de las autoridades oficiales se esta frente a aquello que se ha denominado tradicionalmente “política criminal” y a partir de los avances de la criminología crítica “reacción social” (Sandoval, 1982, P. 14). En una palabra, como lo afirma Sepúlveda (1988) “se entiende por política criminal los medios empleados por el Estado para prevenir y /o reprimir la criminalidad” (p.87).

De acuerdo con las voces del diccionario de criminología del profesor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la política criminal la constituye el “Conjunto de medidas utilizadas por el Estado o por la sociedad para erradicar, controlar y permitir o tolerar la desviación y / o la criminalización” (Pérez, 1993, p.120). Por su parte, Goppinger, citado por Reyes (2007) afirma que la política criminal “debe ocuparse de las reformas de derecho penal (en sentido amplio) y de la eficaz organización y equipamiento del aparato estatal de persecución y ejecución penal” (p. 179).

Independientemente si se acepta que la política criminal es autónoma frente a la criminología, o que forma parte de esta disciplina, la verdad es que como lo afirma el profesor Alfonso Reyes

...La criminología sobre la base de los datos que le proporcionan la sociología y la antropología respecto del origen y desenvolvimiento del hecho ilícito, debe extraer conclusiones que permitan adelantar una eficaz lucha contra el fenómeno de la criminalidad y a formular recomendaciones al Estado para que le dé contenido legal a ese empeño. Esa faceta, que nosotros creemos constituye el objeto final del criminólogo, es la que usualmente se conoce con el nombre de Política Criminal (Reyes, 1975, p. 18).

De esta forma, lo que se pretende en el presente estudio es establecer si las conductas que atentan contra el sistema financiero y el ahorro de los ciudadanos ha recibido un adecuado tratamiento tanto en su prevención como en su sanción, es decir, si la política criminal, en los términos que ha quedado definida, ha cumplido cabalmente su responsabilidad frente a estos odiosos comportamientos.

1.2. Los delitos financieros

Los delitos financieros o los comportamientos que atentan contra el sistema financiero constituyen, a no dudarlo, los más claros ejemplos de la delincuencia contra el orden económico social, entendida ésta como los comportamientos que lesionan o ponen en peligro la intervención del Estado en la economía.

Es preciso mencionar que en el pasado se consideró el derecho financiero como una rama del ordenamiento jurídico estrechamente vinculada con el tema fiscal. Así, Reyes (1980) en su tratado de Derecho Penal, siempre vigente, expresaba:

...El derecho financiero está constituido por el conjunto de normas jurídicas que permiten al Estado arbitrar los medios económicos necesarios para la satisfacción de necesidades públicas; entre esos medios figura la pena imponible en los casos de infracción a ciertas normas de contenido fiscal (p. 30).

Ahora, el avance de la actividad financiera en el mundo ha obligado a una mayor concreción en cuanto a su definición, acercándola más a la gestión que desarrollan las entidades financieras, esto es, la captación y la utilización de los recursos del público y las conexas de crédito. De esta forma, resulta aconsejable prohiar la definición propuesta por Martínez (1984), quien precisa:

...Entendemos por derecho financiero 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).

En cuanto al criterio de derecho penal financiero, se puede anotar con Márquez (1996) que éste “establece y sanciona las infracciones en materia de finanzas, -operaciones de Banca, de bolsa y actividades financieras en general-” (p. 12).

Por su parte Miranda (1979) ha expuesto sobre el tema que:

...El delito financiero, en especial, implica desde luego una estafa en el orden de la buena fe de los negocios y la confianza pública; pero sus consecuencias indirectas son igualmente dañosas, pues retrae capitales que de otro modo se invertirían en actividades honestas, los desvía hacia otros fines, y generalmente va asociado con la defraudación fiscal. Tal incidencia indirecta es, pues, incalculable

sobre el mercado de capitales y las finanzas públicas (p. 117).

Bielsa citado por Miranda, ha dicho sobre ellos: “Son delitos de gente inteligente avezada en los negocios, conocedora de las leyes y reglamentos y de las artimañas para eludir sanciones, influyente por su poder corruptor, y que tiene relaciones mundanas, políticas y con los funcionarios” (Miranda, 1979, p, 117).

Para Landrove, los delitos financieros

...Son conductas antijurídicas que lesionan el tráfico comercial, mercantil o estrictamente financiero, porque atacan directamente el interés social del orden público económico, por ausencia de sumisión al deber propio de las sociedades mercantiles y el interés mismo del Estado, prevalentes en su valoración y defensa, sobre el mal quehacer, que los postergue indebidamente”. (Landrove, 1978. p.22)

Este autor resume así las principales características de estos delitos financieros:

- ...a) El sujeto activo viene integrado por sociedades o grupos de personas, que actúan por medio de sus órganos de manifestación.
- b) Forman el sujeto pasivo muchas personas, unidas entre sí, generalmente, por el vínculo común del ahorro, dando lugar al delito - masa.
- c) Se produce una situación de total indefensión de los perjudicados, que constituyen la parte más débil en la relación antes descrita.
- d) El daño individual sufrido –si se pasa de la situación de riesgo– suele ser de pequeña entidad, aunque sea grande el alcance económico de la maniobra perjudicial en su integridad (Landrove, 1978. p.22)

Por esta vía, se puede concluir que los comportamientos que atentan contra la adecuada organización del sistema financiero, las que conspiran contra la confianza del público en sus instituciones de crédito, la seguridad de las transacciones comerciales, en particular las operaciones bancarias y las que lesionan el ahorro, constituyen el delito financiero, que como lo hemos anotado, se erige en un clásico ilícito contra el orden económico social.

2. El derecho penal económico en Colombia

En Colombia, las primeras manifestaciones del derecho penal económico se encuentran en el Código Penal de

1936 en donde se construyó el Título IX, bajo el nombre de "Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio". Allí, aparecen tímidamente algunos tipos penales como el agiotaje, la destrucción de materias primas o productos agrícolas o industriales, la falsificación y adulteración marcaría, entre otros.

En el Estatuto Penal adoptado por el país con el Decreto 100 de 1980, se genera una gran apertura al estudio de la delincuencia socioeconómica. Así, en el Título VII se ubicó los "Delitos Contra el Orden Económico Social", en donde se identifican dos grandes capítulos: Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones y el de los Delitos Contra los Recursos Naturales. Del primero de ellos, forma parte el acaparamiento, la especulación, la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, el pánico económico, la ilícita explotación comercial, el daño en materia prima y producto agropecuario e industrial, la usura, la usurpación de marcas y patentes, la violación de la reserva industrial, la sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes legales, la exportación ficticia y la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. En el segundo capítulo se incluyen el ilícito aprovechamiento de recursos naturales, la ocupación ilícita de parques y zonas de reserva forestal, la explotación ilícita de yacimiento minero, la propagación de enfermedad en los recursos naturales, los daños en los recursos naturales y la contaminación ambiental.

Cuando el país se sentía a la vanguardia en materia de legislación penal, con el sentir de haber actualizado el estatuto penal teniendo en cuenta las corrientes más avanzadas del mundo y siguiendo de cerca el proyecto Español de 1980, se presentó una de las más graves crisis económicas que haya padecido el país, fruto de los aviesos comportamientos de unos banqueros inescrupulosos y de la banca de hecho ejercida por algunos ciudadanos que aprovecharon la desintermediación de los recursos por situaciones coyunturales como la bonanza cafetera y la "bonanza marimbera", para apropiarse de los recursos del público.

De inmediato, como es costumbre, el legislador respondió con medidas de orden penal, elevando a la categoría de delitos comportamientos que hasta ese momento estaban consagrados como infracciones administrativas, sancionados por la alta policía económica ejercida por las Superintendencias Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), de Control de Cambios, de Sociedades, de Industria y Comercio y la Comisión Nacional de Valores. De esta manera, se dictó el Decreto 2919 de 8 de octubre de 1982 que declaró el estado de emergencia económica en el país por el término de 24 horas.

El mismo día, el ejecutivo dictó el decreto legislativo 2920 de 1982, que en su capítulo tercero consagra la protección

penal de la confianza en el sistema financiero, creando los delitos de: absorción interfinanciera o de absorción de entidades industriales y comerciales por entidades financieras; la concentración de crédito y el ejercicio ilegal de la función de intermediación financiera. Estos comportamientos fueron reiterados como hechos punibles en el Decreto 1730 de 1991 conocido como el Estatuto Orgánico del sistema financiero, hoy Decreto 663 de 1993 (modificado por la Ley 510 de 1999 y la Ley 795 de 2003).

Finalmente Colombia adoptó un nuevo estatuto penal en el año 2000 (Ley 599 del 24 de julio), en el que se realizó una destacada reagrupación de delitos contra el orden económico social que se encontraban dispersos en leyes especiales y se mejoró, en lo posible, la redacción de algunos tipos penales. Asimismo, se crearon nuevos comportamientos considerados delictivos y se escindió el tipo penal de pánico económico para dar vida al agiotaje y la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores, figura que se ubicó como un delito financiero.

De esta forma, aparece en el Título X de la Cartilla de Penas, los "delitos contra el orden económico social", dividido en los siguientes capítulos: Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones; de los delitos contra el sistema financiero; de la urbanización ilegal; del contrabando; el lavado de activos. Para los recursos naturales se creó el Título XI, sacándolo entonces de la órbita de la delincuencia socioeconómica.

Y, ante la crisis desatada por las pirámides que en el país establecieron DRFE y DMG, que ocasionaron pérdidas en el sur del país por cerca de 2.5 billones de pesos (El Tiempo, 2008), el Gobierno utiliza la figura de la emergencia social y a su amparo decreta medidas de coyuntura, aumentando la punibilidad del delito de captación masiva y habitual y creando nuevos tipos penales como el del artículo 316 A del código penal, que sanciona a quien no reintegre los dineros captados del público sin autorización legal.

Es entonces esta forma de legislar en materia financiera la que se quiere analizar ahora, con el fin de establecer si al crear o modificar estos tipos penales financieros el gobierno atiende a los fines de una clara y precisa política criminal.

2.1. Los delitos financieros del Decreto 2920 de 1982

Como se ha reseñado, para enfrentar la crisis que se manifestó al final de la década de los ochenta, el Gobierno colombiano dictó el Decreto 2919 de octubre 8 de 1982, con el que se declaró el Estado de Sitio y el mismo día profirió el Decreto 2920 por medio del cual se crean tres tipos

penales. El legislador de emergencia se limitó a transcribir los comportamientos prohibidos hasta ese momento por vía del derecho administrativo sancionatorio por los Decretos 2388 de 1976, 3604 de 1981 y 1970 de 1979 y les asignó una pena de 2 a 6 años de prisión.

Así, en el artículo 18 se castiga penalmente al director, administrador, representante legal o funcionarios de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera que, sin autorización legal destine fondos captados del público con el fin de adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera.

En el artículo 19 de la normatividad en estudio, se sanciona a los mismos sujetos calificados citados en la norma anterior, que otorguen créditos o efectúen descuentos a sus propios accionistas o asociados, superando las autorizaciones legales.

Finalmente, el artículo 20 sanciona la captación masiva y habitual de dineros, que no es otro comportamiento que recibir dineros del público sin contar con las autorizaciones legales.

Pero véase cuáles fueron las consideraciones que entonces se tuvieron para llevar al Código Penal estos comportamientos. En primera instancia, el presidente Belisario Betancurt expresó en alocución televisada:

...Varias personas de esas que manejan nuestro dinero en las instituciones de crédito se han puesto a jugar con ella: a invertirla en negocios que creyeron buenos y que resultaron malos, a prestársela entre sí, sin suficientes garantías y a tratar de apoderarse de negocios ajenos a precios y en condiciones anormales, compitiendo como los niños de la escuela a ver quien puede más. (Betancurt, 1982).

Y para tranquilizar a los colombianos expresaba el primer mandatario:

...Quiero que esto sirva de enérgica advertencia a los socios y administradores de las instituciones de crédito, que dejen de jugar con la plata del pueblo, que dejen de prestársela entre ellos. Que dejen de tratar de apoderarse de las empresas constituidas con el trabajo de otros. Que dejen de ofrecerle a la gente sistemas tramposos y/o planeados para evadir impuestos. Porque el Gobierno los castigará ejemplarmente, enderezando sus instituciones en la forma y con los requisitos que autoriza el decreto que hemos dictado en uso de las facultades de emergencia (Betancurt, 1982).

Con todo, ese Gobierno que anunciaba castigos ejemplares, prontamente sancionó la Ley 2ª, de 1984 que conce-

dió la libertad inmediata a todos los banqueros que pocos días antes declaraba como peligrosos antisociales.

Desde luego, la forma como fueron tipificados los nuevos delitos y su posible eficacia recibieron la uniforme crítica de los juristas. Véanse algunas de ellas:

El profesor Jaime Bernal expresó:

...¿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 dándoles entidades de delitos a conductas ya sancionadas, con medidas de otra naturaleza e impuestas por personas u organismos que conocen perfectamente 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 (Bernal, 1985, p. 22).

Cancino (1983) luego de efectuar un detenido análisis de la forma apresurada con la que se redactaron las normas que crearon los delitos financieros en Colombia, concluyó:

...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 a la impunidad. Lo anterior, que es predecible de cualquier comportamiento considerado como digno de sanción penal, se hace más palpable en el arduo campo del denominado derecho penal económico" (Cancino, p. 309).

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 (Cancino, 1983, p. 309).

Transcurridos más de veinticinco años de vigencia de las normas comentadas, se puede realizar un pobre balance sobre la efectividad de las mismas. Así, se puede registrar con tristeza que las tropelías del Grupo Grancolombiano liderado entonces por el banquero Jaime Miquelsen Uribe, prescribieron en su gran mayoría. Similar suerte corrió el proceso seguido por las defraudaciones desde la Caja Vocacional, en el que los perjuicios materiales fueron valuados en \$ 6.472.305.791.96. Y para hablar de temas más recientes, la prensa nacional comenta el 18 de junio de 2009, que en el proceso seguido por la demanda de la familia Gilinsky contra Bancolombia, la Procuraduría afirma que “la posibilidad de procesar a los dos ejecutivos por utilización indebida de dineros captados del público prescribió el 6 de mayo de 2008”. (El Tiempo, p. 1-6). En una palabra, solo se conoce sentencias condenatorias contra Felix Correa, principal accionista del Banco Nacional y de quien es sabido no pertenecía a la élite de los banqueros de entonces, proceso que prescribió luego en el Tribunal Superior de Bogotá (El Espectador, 1997).

Al evidenciar la ineficacia de algunas normas trasladadas del Derecho Administrativo Sancionatorio al Derecho Penal expresaba Pinilla (1990)

...La realidad colombiana muestra su inflada criminalización sustantiva, abatida por una desbordante descriminalización de hecho. Una vez más, se aprecia cómo las previsiones jurídicas llegan a alejarse de la materialidad fáctica y se pone en realce la frustración del sistema punitivo tradicional ante el creciente volumen de tareas que se le señalan pues, queriendo encomendarle todo, le restan dedicación y eficacia para enfrentar con éxito lo que no puede ser solucionado por otras vías, que es lo único que filosóficamente debe corresponderle al Derecho Penal como última ratio entre todas las opciones del Estado (p 81).

Este criterio es compartido por el profesor Sotomayor (2009) cuando afirma:

...El amplio reconocimiento legal de estos delitos contra bienes jurídicos colectivos es sin embargo inversamente proporcional a su aplicación práctica, pues en términos generales se trata de una legisla-

ción que hasta el momento no parece trascender el plano estrictamente ideológico, en tanto permite legitimar el derecho penal como un instrumento estatal para enfrentar los mayores problemas del presente y como un mecanismo de protección de los intereses más relevantes de todos los ciudadanos (p. 286).

De esta forma se puede concluir que, a pesar de las buenas intenciones del gobierno, la forma como fueron redactados los tipos penales de la emergencia económica no facilitaron la sanción de las conductas realizadas en 1980, pues es lógico que no podían tener efectos retroactivos y tampoco han servido para frenar este tipo de delincuencia como lo acredita las defraudaciones piramidales dirigidas por David Murcia Guzmán, desde DMG, o las de Carlos Alfredo Suárez con DRFE o las de C.I. Tango Trading Ltda., de la ex presentadora de televisión Adriana Arango a quien se le concedió el beneficio de la detención domiciliaria.

Desde luego, la ineficacia de las normas comentadas guarda relación con la total ausencia de una política criminal del Estado que sea el resultado de juiciosos estudios sobre la delincuencia nacional, que cuente con los soportes estadísticos de rigor y con serios debates en el Congreso Nacional.

Qué decir, entonces, de una legislación penal financiera como la contenida en el Decreto 2920 de 1982, elaborada en un día, sin antecedentes para consultar, sin explicaciones precisas sobre su conveniencia y sin estadísticas que soporten la necesidad de su tipificación. Al respecto puede agregarse que la justificación a esta penalización del derecho administrativo sancionatorio carece de un debido análisis, como se evidencia en las palabras de un Ex superintendente bancario, cuando contestaba las justificadas críticas al Decreto de emergencia económica:

...Cuando se analizan estas críticas no puede dejar uno de preguntarse en qué forma puede afectar a los banqueros honrados y ortodoxos la existencia de esas normas punitivas. Parecería más lógico pensar que, así como al ciudadano honrado, al que cumple la ley, al que respeta el derecho de sus semejantes, no le preocupa ni tiene por qué preocuparle la existencia de un código penal en el cual se describen una serie de conductas punibles, tampoco al banquero honrado tiene por qué afectarle ni preocuparle que existan normas que sancionan conductas en la cuales él, por ser contrarias a la ética, o a las sanas prácticas bancarias, no incurrirá nunca” (Tabares, 1985).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de diciembre de 1982, con ponencia del doctor Ricardo Medina Mo-

yano, declaró exequibles las normas que creaban los tres tipos penales del Decreto 2920 de 1982, argumentando, entre otros aspectos, que tradicionalmente esa Institución venía sosteniendo que el Gobierno podía, validamente, por vía del estado de sitio, modificar el código penal y el código de procedimiento penal, “lo cual desde luego y supuesto el origen y la evolución del estado de emergencia económica, en relación con el estado de sitio ya mencionado en otra parte de esta providencia, viene a ser rigurosamente aplicable también a la primera situación de crisis mencionada” (Gaceta judicial, No 2409, p. 560).

Lo que si advierte la Corte en su providencia es que las medidas adoptadas al amparo del estado de sitio tienen una vocación de transitoriedad, al paso que las que se tomen bajo la figura de la “emergencia económica la tiene de permanencia, por voluntad expresa del constituyente” (Gaceta judicial, No 2409, p. 560). Este criterio, al parecer ha sido modificado por la Corte Constitucional en las decisiones que declararon exequibles algunas de las normas que reformaron el Código Penal, con respaldo en la emergencia económica decretada en el año 2008².

Pero las modificaciones sin estudios de política criminal no pararon allí. Cuando se debatía el proyecto de Código Penal que culminó con la expedición de la Ley 599 de 2000, se presentó el retiro de 30 mil millones de pesos del Banco Davivienda, por cuenta de un rumor difundido, vía Internet, en el que se anunciaba una posible intervención de esa institución bancaria. Como quiera que la conducta del emisor del mensaje no podía sancionarse como un delito de pánico económico, ya que su voluntad no era la de generar alteración en los precios de las acciones, los legisladores optaron por dividir el antiguo punible de pánico económico del código penal de 1936 (art. 232), en tres figuras penales, el agiotaje (Art. 301), el pánico económico (Art. 302) y la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores (Art. 317). Esta última figura, fue ubicada en el capítulo relacionado con los delitos financieros, de acuerdo con lo expresado por el Congreso de la República: “atendiendo los comentarios de la Superintendencia de Valores”³.

Pero esta forma apresurada e irresponsable de legislar, sin contar con una política criminal, se reiteró en las normas que se dictaron para tratar de conjurar la más re-

ciente crisis financiera motivada por las defraudaciones piramidales.

En efecto, desde hacía varios años era notorio el incremento de captadoras ilegales en el país, las largas colas de inversionistas eran reportadas por los diarios nacionales y la televisión. El Gobierno entonces presentó un proyecto de Ley para aumentar las penas por este ilícito, pero poco o nada hizo por impulsarlo, al punto que fue archivado en la Comisión Primera del Senado. Más tarde, cuando la situación ya era insostenible y los desórdenes que generaron los damnificados causaron gran conmoción en el país, el gobierno declaró la emergencia social y una vez más, utilizando este estado de excepción, modificó, el artículo 316, aumentando la pena para el delito de captación masiva e incluyó como sujetos activos del mismo a otros que bien podían responder en calidad de partícipes. Asimismo, adicionó al código penal el artículo 316 A, para castigar a quien después de captar los recursos en forma ilegal, no los reintegra⁴.

En esta oportunidad, como en 1982, el presidente de turno reclamó actuaciones de orden penal para superar un problema generado por la inoperancia de las entidades de vigilancia y control así como por la no aplicación de los mecanismos de intervención en el sector financiero consagrados en forma clara y precisa en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero. En efecto, al solicitar al ministro de Hacienda Oscar Iván Zuloaga, crear medidas para frenar la acción de las pirámides, el doctor Álvaro Uribe, primer mandatario de los colombianos, afirmó: “Yo creo que eso nos toca una acción coordinada con Fiscalía y Policía, y meter gente a la cárcel” (El Tiempo, 2008, p. 1-5).

Ahora bien, si como lo anota acertadamente el profesor Velásquez (2004), en sentido estricto la política criminal busca, entre otros aspectos, discutir “cómo deben redactarse los tipos penales de manera correcta” (p.17), es prudente efectuar un análisis de las deficiencias que se advierte justamente en las normas en estudio, en razón a su traslado del derecho administrativo sancionatorio al derecho penal sin los matices correspondientes.

Independientemente de las observaciones que recurrentemente se formulan a los tipos penales referidos al orden económico social, tales como la utilización exagerada de ingredientes normativos y subjetivos, al igual que constituir descripciones penales en blanco que se completan con normas de carácter administrativo, que regularmente adelantan la punibilidad, esto es que se trata de tipos penales de

² Por medio del Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008, se modificó el Art. 316 del C.P. sobre Captación de Recursos y se adicionó el Art. 316 A. del C.P. La Corte Constitucional lo declaró exequible, por medio de la sentencia C-224 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en el entendido que solo tendrá vigencia de un año, es decir hasta 17 de noviembre de 2009.

³ Sobre el tema puede consultarse nuestro comentario contenido en el libro de nuestra autoría Los delitos económicos en la actividad financiera. Ps. 185 y ss.

⁴ El 3 de diciembre de 2008, se revivió el Proyecto de Ley 154 de 2008 Senado para aumentar las penas por el delito de captación masiva y habitual. Gaceta del Congreso Año XVII No. 881 de 3 de diciembre de 2008.

peligro, en su gran mayoría abstracto, señalaremos a continuación algunas consideraciones particulares de los delitos considerados como financieros por nuestro legislador.

2.1.1. Utilización indebida de fondos captados del público (art. 315 C.P.)

En esta figura penal, que como se ha señalado busca evitar que los recursos captados del público por las entidades financieras o por las cooperativas se destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de otras entidades similares, se advierte una gran deficiencia, pues bien podría pensarse que cuando el banquero utiliza esos dineros del público para adquirir acciones que no le permitan lograr el control de dichas entidades, es decir menos del 51 %, no se perfeccionaría el punible. Aquí surge entonces un gran interrogante, ¿qué es lo que se busca proteger en la descripción penal, el monopolio, en otras palabras el dominio de unos pocos del sector financiero, o los recursos de los cuentahabientes? Se piensa que la norma debe señalar que, cuando, sin autorización legal, se destinan recursos captados del público para adquirir acciones o cuotas partes de otras entidades, cualesquiera que sea su naturaleza, se incurre en delito en estudio.

2.1.2. Operaciones no autorizadas con accionista o asociados (art. 316 C.P.)

Con este tipo penal se busca sancionar el abuso de los directores, administradores, representantes legales o funcionarios del sector financiero y cooperativo, que concentran los créditos en su favor, es decir, que otorgan créditos o efectúan descuentos superando los márgenes legales.

Aquí puede advertirse que por tratar de englobar en un mismo criterio los préstamos y los descuentos, se incurre en una imprecisión. A nuestro juicio la norma debe hablar de conceder préstamos que superen las autorizaciones legales y de efectuar descuentos por debajo de lo señalado en la ley, pues si se mantiene la actual redacción se supone que no es posible sancionar nunca al accionista o asociado que resulta beneficiado por un descuento mayor al que se concede a cualquier poseedor de un título que requiera redimirlo por una entidad financiera o cooperativa.

2.1.3. Captación masiva y habitual de dineros

Este comportamiento delictual, consagrado en el artículo 316 del Código Penal, modificado por el Decreto 4336 de 2008, y que busca sancionar a quienes captan recursos del público sin la debida autorización legal, es quizá la norma más sencilla de las contenidas en los delitos financieros, pero, paradójicamente, la que ha generado más dificultades al momento de su aplicación.

Como se recordara, en la década de los 80 se conocieron las quiebras y malos manejos de captadoras de recursos del público como Correa Acevedo y Furatena, Inversiones Oro, Grupo Central, Grupo Santa Fe, Grupo Duque, La Caja Vocacional, Cofinza de los esposos Pombo Uribe, la Compañía de Asuntos Bursátiles y General Financiera de Juan Ricardo Escobar y Guillermo Uribe Holguín, quienes se autodenominaron los Picas.

Cuando los jueces de la República avocaron el conocimiento de las investigaciones sobre captaciones ilegales, encontraron la primera dificultad pues era necesario determinar qué se entendía por “captar dineros en forma masiva y habitual”. Para superar esta dificultad, el Ejecutivo dictó el Decreto 3227 del 12 de noviembre de 1982, en el que se precisa que para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona capta dineros del público “cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas, diferentes de las señaladas en el parágrafo de este artículo, o por más de 50 obligaciones, siempre y cuando se presente una cualquiera de las siguientes condiciones”

“1. Que el valor total de dichas obligaciones en uno u otro caso, sobrepase el 50 % del patrimonio líquido de aquella persona.

2. Que estas situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas o, de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

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

No se computarán dentro de tal monto los dineros recibidos de los socios, sean personas jurídicas o naturales o del cónyuge o los parientes hasta el 4°. Grado de consanguinidad, 2°, de afinidad y único civil o de las instituciones financieras definidas por el Artículo 24 del Decreto 2920 de 1982”.

Empero, el transcurso del tiempo y, particularmente, el ingenio mal utilizado de algunos financistas, imaginó nuevas formas de burlar la norma, lo cual obligó al ejecutivo a dictar el Decreto 1981 del 26 de septiembre de 1988, con el cual se buscó evitar dichos comportamientos.

En efecto, como una novedosa figura se celebraron contratos de mandato en los cuales, el mandatario recibía habitualmente dineros de un buen número de mandantes con el fin de administrarlos libremente o de invertirlos a

su juicio en títulos o valores; se procedió a la venta habitual de títulos de crédito o de inversión en los cuales se establece la obligación del comprador de transferir al vendedor la propiedad de otros títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido y contra reembolso de un precio que lleva implícito un rendimiento financiero, actividad conocida como *repos*; operaciones permitidas a determinadas entidades financieras que gozan del correspondiente permiso de la Superintendencia Bancaria, pero que se quedaron fuera del mercado directo.

De igual forma, en el decreto original sobre captación masiva y habitual no se previó la posibilidad de que dicha gestión se realizara por interpuesta persona, con lo cual varios ciudadanos captaban para un tercero, llegando cada uno de ellos hasta el máximo permitido por el Decreto.

Por último, en razón a la excepción consagrada en el inciso segundo del Parágrafo del Artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, en el sentido de que los dineros que la sociedad recibe de sus socios a título de mutuo o de cualquiera otra en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios no constituye, para los efectos del Decreto 2920, pasivo para con el público, se permitió que las sociedades sin la autorización correspondiente efectuaran captaciones masivas y habituales de dineros, con el argumento de vincular previamente al ahorrador al capital social, con una reducida participación. De esta forma, esquivaban la correspondiente responsabilidad penal.

Así las cosas, el Decreto 1981 de septiembre 26 de 1988, con el propósito de cubrir penalmente estas conductas preceptuó:

Artículo 1º. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) 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 cualquier 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 de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (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.

Parágrafo 1º. 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.

Parágrafo 2º. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo 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 (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el Artículo 24 del Decreto 2920 de 1982.

Con todo, lo que ha venido a demostrar las investigaciones adelantadas recientemente en el país, es que se sigue utilizando la excusa de que los dineros se reciben por el captador para el suministro de bienes o servicios, valiéndose en muchas ocasiones tarjetas prepago, situación que ha obligado a la Fiscalía a buscar otros tipos penales que les permita el procesamiento de los responsables, por ejemplo encuadrando los comportamientos como lavado de activos.

2.2. La emergencia social y la modificación del tipo penal de captación masiva y habitual

Ante la estrepitosa caída de la pirámide DRFE, y la intervención de la firma DMG, emporio que construyó de la

nada David Murcia Guzmán, el Gobierno nacional, en forma tardía, decidió intervenir para conjurar la grave crisis, acudiendo, como lo había hecho en 1982, a la figura de la emergencia social, consagrada en la Constitución Política en el Artículo 215.

De esta forma, el Gobierno nacional dictó el Decreto No. 4333 de 17 de noviembre de 2008, por medio del cual declara el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, por el término de treinta días⁵.

En desarrollo de la emergencia económica, el Gobierno 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 en vigencia), creando un nuevo tipo penal para sancionar a los captadores ilegales que no reintegren a sus *clientes*, el dinero de ellos recibidos. Así, el Artículo 316 fue regulado en los siguientes términos:

Artículo 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 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 parte⁶.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-224 de 2009, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, declaró exequible el artículo 1 del Decreto 4333 del 2008, por el cual se modificó la norma en estudio, pero con la advertencia que sólo tendrá vigencia de un año contado a partir de su expedición, es decir hasta el 17 de noviembre de 2009.

Como puede advertirse claramente, en la nueva regulación se amplía la posibilidad de ser sujeto activo del delito, alcanzando la responsabilidad penal además del captador, a quien promueva, patrocine, induzca, financie

o colabore con esta actividad no autorizada. De alguna manera identifica al autor material con los partícipes, generando grandes dificultades para precisar la calidad en la que se interviene en el punible.

La gran modificación de la norma se encuentra en el aumento de la consecuencia punitiva, con el objeto de impedir la excarcelación de sus responsables o que los mismos alcancen el beneficio de la prisión domiciliaria. De esta forma, se pasa de una pena mínima de treinta y dos (32) meses a una de ciento veinte (120) meses, y de una sanción máxima de ciento ocho (108) meses a doscientos cuarenta (240) meses. Así mismo, esta pena se aumentará hasta en una cuarta parte, cuando se utilicen medios de comunicación para alcanzar los fines que se busca combatir.

Ahora bien, en el Decreto 4336 de 2008 también se crea un nuevo tipo penal en los siguientes términos:

Artículo 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 a 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 penales que correspondan a este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en aras de procurar la devolución de los recursos⁷.

Como puede observarse se trata de un tipo penal de coyuntura con el que se busca recuperar los dineros que los ahorradores tienen hoy envoltados en manos de los captadores ilegales.

Con todo, la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-224 de 2009, declaró exequible esta norma, con la aclaración que solo tendrá vigencia por un año contado a partir de su expedición, es decir hasta el 17 de noviembre de 2009. El término "antes de la vigencia de esta norma", utilizado en el parágrafo del artículo, fue declarado inexecutable.

⁵ Con sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible el estado de emergencia social decretado el 17 de noviembre de 2008.

⁶ Por decisión adoptada por la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-224 de 2009, las modificaciones que se introdujeron al artículo 316 del C.P., solo podrán regir durante un año, contado a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4336 de 2008.

⁷ De acuerdo con la sentencia C-224 de 2009, esta norma solo podrá regir durante un año, contado a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4336 de 2008.

2.3. La Ley 1357 de 2009 y las modificaciones a la captación masiva y habitual de dinero:

Como se comentó en este análisis, el Gobierno, por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de atacar el fenómeno de las pirámides, presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 154 de 2008 Senado, en el cual se proponía específicamente aumentar las penas para los infractores del artículo 316 —captación masiva y habitual de dineros— y se creaba el artículo 325 A del Código Penal —omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo.

La sustentación, en relación al aumento de penas de la captación masiva y habitual de dineros, el Gobierno la fundamentaba en que este comportamiento es pluriofensivo y genera un gran daño a la sociedad, además, en la necesidad de evitar que sus responsables fuesen favorecidos con la detención domiciliaria. Expresaba el proyecto:

En efecto, el delito de captación masiva, no sólo afecta el sistema financiero en general sino indudablemente el ahorro público, afectando, por esta vía, el orden económico del país. Por lo tanto, la conducta punible que se sanciona en este tipo penal, presenta una naturaleza pluriofensiva que amenaza gravemente varios intereses jurídicos protegidos, como lo son el orden económico y social, el sistema financiero, y el patrimonio económico y, en consecuencia, exige un especial tratamiento normativo que lo ubique en un marco de mayores consecuencias punitivas que sean proporcionales al grave daño que esta conducta causa.

Así las cosas, es de la mayor importancia que el Estado colombiano endurezca las consecuencias de realizar estas actividades buscando así desestimularlas en forma contundente. Pero el endurecimiento de la sanción imponible no debe limitarse a aumentar el tiempo de la pena sino que debe propender por garantizar que la sanción cumpla efectivamente su objetivo de desestímulo de la conducta, por lo cual se propone, que la pena cree una prevención especial respecto de la persona que sea sancionada, de manera que se excluya la posibilidad de aplicación de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, o beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena (Proyecto de Ley N° 154 de 2008 Senado).

Este proyecto no despertó ningún interés en los legisladores y el Gobierno tampoco impulsó con ahínco su aprobación, al punto que fue archivado en la Comisión Primera

del Senado. No obstante, cuando la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del Decreto 4336 de 2008, al advertir que su contenido solo tendría vigencia por un año, esto es, que perdería vigor jurídico el 17 de noviembre de 2009, el Gobierno interesó al Parlamento en la expedición de una ley que convirtiera en legislación permanente esta disposición. Así, se expidió la Ley 1357 de noviembre 12 de 2009, que en su artículo primero modificó el artículo 316 del Código Penal —Captación masiva y habitual de dinero— y en el artículo segundo adicionó el artículo 316 A de la Ley 599 de 2000 —Código Penal—, y se conservaron los términos de las normas de emergencia.

De estas normas son predicables las mismas observaciones efectuadas al estudiar las de emergencia sobre la captación masiva y habitual y el tipo penal de no reintegro de los recursos captados ilegalmente. En efecto, la modificación que se introduce a los sujetos activos del delito de captación masiva y habitual genera confusión, pues ubica en la calidad de autores a una serie de sujetos que obran como partícipes de la conducta —El que promueva, patrocine, induzca, financie, colabore—. En cuanto al no reintegro de los dineros captados bien puede ser un agravante del tipo básico de la captación masiva y habitual o, por el contrario, una causal de disminución punitiva cuando los mismos se devuelvan a los afectados, pero es antitécnico crear un nuevo delito para dicha conducta que concursaría con el artículo 316, al elevar exageradamente las consecuencias punitivas por estos injustos.

Asimismo, se insiste en esta observación en el sentido de que el aumento de penas no resulta suficiente para controlar un fenómeno social motivado por la imposibilidad de que los ciudadanos accedan al sector bancario, y que ningún resultado positivo se alcanza con la persecución de esta delincuencia si no se modifica el Decreto 1981 de 1988, que permite disfrazar las captaciones haciéndolas aparecer como la contraprestación por el suministro de bienes o servicios. En una palabra, debe buscarse que la norma penal tenga una cabal aplicación, pues como lo sentenció Beccaria: “La certeza de un castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad” (Beccaria, 1976, p. 132).

Desde luego se critica esta forma irreflexiva de legislar en Colombia, y el convertir el Derecho Penal en un instrumento para superar dificultades creadas por el afán de enriquecimiento fácil de los ciudadanos y la falta de acción oportuna del Estado para impedir la captación ilegal de recursos, como se lo ordena claramente el Numeral 24 del Artículo 189 de la Constitución Política, la Ley 35 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sec-

tor Financiero), al igual que el menguado reconocimiento que realiza el sector financiero de los ahorros del público, lo que sin duda estimula el mercado extrabancario que se pretende combatir indebidamente con normas penales.

Estas afirmaciones encuentran eco en lo expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 29053 de noviembre 5 de 2008, con ponencia del Magistrado José Leonidas Bustos Martínez, cuando expresa al Alto Gobierno y al Congreso de la República "su creciente preocupación por la manifiesta inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado Social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos".

3. El delito de manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores y emisores

Como un comportamiento que atenta contra el sistema financiero fue incluido en el Código Penal del año 2000, este tipo penal que, en el pasado, por lo menos en forma parcial, se sancionaba en el artículo 232 del Estatuto Punitivo de 1980, como delito de pánico económico. En efecto, en la norma citada se castigaba el realizar maniobra fraudulenta con el fin de procurar la alteración, entre otros, de las acciones o valores negociables.

Como ya se anotó antes, en razón al debate surgido con motivo de la imposibilidad de sancionar penalmente al responsable de las falsas noticias difundidas en torno al Banco Davivienda, sobre una posible intervención, el legislador del año 2000 decidió escindir el delito de pánico económico y crear, entre otros, el artículo 317 del estatuto de penas, tomando para ello la última parte del antiguo 232 del Código Penal y según el dicho del Congreso de la República para atender las recomendaciones de la Superintendencia de Valores. De esta forma, la nueva figura se tipificó en los siguientes términos:

"El que realice transacciones, con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios 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".

Se trata de un tipo penal compuesto, en el que se pretende sancionar el realizar transacciones, con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o, efectuar maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización de los mismos.

De esta forma, el primer comportamiento que se busca castigar con el punible dice relación a que el sujeto activo realice transacciones, esto es que, efectivamente, ejecute operaciones, tratos, convenios o negocios sobre una acción, valor o instrumento que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e intermediarios, con la intención (ingrediente subjetivo), de producir una apariencia de mayor liquidez del mismo, es decir, simulando la idea de que dicha acción, valor o instrumento, es de fácil negociabilidad en el mercado en ese momento. Como bien lo anota PABÓN (2001) "...Esta primera determinación comportamental no exige que la respectiva transacción sea simulada o ficticia, aunque tal connotación será frecuente" (p. 463).

En efecto, la redacción utilizada por el legislador no busca en este evento castigar que se realice una maniobra fraudulenta o engañosa para simular la apariencia de liquidez de la acción, valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, pues lo que se pretende sancionar es que se engañe a los ciudadanos con la idea de la fácil negociabilidad de los elementos mencionados precedentemente.

Al respecto es importante mencionar que una de las funciones de mayor trascendencia de las bolsas de valores, es la de garantizar al inversionista la posibilidad de convertir sus acciones en dinero en el momento que lo requieran y que, en dicho proceso, se observe una absoluta transparencia para evitar sorpresas o defraudaciones. Sobre el punto anota el autor Pablo Ortiz García, en su interesante artículo "Nociones Sobre el Mercado de Valores en el Ecuador": "Función de liquidez: Según lo manifiesta el profesor Suárez en su trabajo Decisiones Optimas de Inversión y Financiamiento en la Empresa", esta es una función muy importante que deben desarrollar las bolsas de valores, y consiste en ofrecer a los propietarios de valores la alternativa de convertirlo en dinero en el momento que deseen. Muy pocas personas comprarían acciones u obligaciones, si luego, cuando necesitaran dinero, no podrían desprenderse de ellas" (Ortiz, 1969, p. 70).

La redacción de este primer comportamiento ha recibido la crítica de reconocidos expertos en el tema como Néstor Humberto Martínez Neira, quien advierte una gran dificultad para la tipificación de la conducta que se quiere sancionar. Al respecto expresa el ex ministro de Estado: “Uno de los tipos penales que creo que debe haber suscitado mayor interés entre ustedes, es el del artículo 317, sobre manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores. Yo entiendo la finalidad de la disposición penal, pero anticipo mi frustración para expresar que muy difícilmente esta norma va a poder ser aplicable entre nosotros, porque empieza por tipificar la conducta penal manifestando que el que realice transacciones con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscrito en el registro Nacional de Valores.

Mucho me temo que toda negociación en el mercado público de valores afecta la liquidez del instrumento, porque la liquidez no es cosa distinta que la expresión de la rotación de los valores en el mercado público correspondiente y una extensión de esa magnitud haría absolutamente inaplicable el tipo penal respectivo” (Martínez, 2009).

Se comparten las críticas reseñadas y así lo hemos expresado en los trabajos sobre el tema, reclamando que se adelante por parte de la academia, el Legislativo y el Ejecutivo un verdadero estudio sobre la forma como se han creado estos ilícitos financieros, la conveniencia de sancionarlos penal y administrativamente como ha venido ocurriendo, al igual que revisar la punibilidad que se les ha asignado. En una palabra que su creación o permanencia en el código penal, corresponda a una verdadera política criminal del Estado, precedida por la correspondientes investigaciones empíricas, de lo contrario, ésta será irreal e insustanciada (Pérez, 2007, p. 307).

Por último, resulta prudente llamar la atención sobre la forma incoherente de actuar del Congreso de la República Colombiano, pues resulta curioso reseñar que en la ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 154 de 2008, Senado, por el cual se modifica el Código Penal y se convierte en permanente las normas sobre captación que fueron adoptadas por vía del estado de conmoción social, los ponentes dejan constancia que en la reunión sostenida con el señor Ministro de Hacienda manifestaron sus dudas “acerca de la eficacia del aumento de penas como instrumento principal para combatir los delitos y expresan su desacuerdo con la incidencia de las mayores penas en la disuasión de los posibles sujetos activos de estas conductas, así como también advierten la aplicación del principio de oportunidad con lo cual se verían beneficiados los captadores. Manifiestan la necesidad de medidas estructurales para solucionar el problema de fondo y evi-

tar que estas prácticas se repitan” (Gaceta del Congreso, 2008, p. 2).

Con todo, al término del debate, aprueban el aumento de la pena para el delito de captación masiva y habitual, pero teniendo cuidado los ponentes de dejar expresa constancia del conocimiento del Congreso sobre la preocupación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por la manifiesta inflación legislativa que vive el país, especialmente por el aumento indiscriminado y desmesurado de penas, consideración expresada con destino al Ejecutivo y al Legislativo, en decisión del 5 de noviembre de 2008, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

De continuar con esta forma de legislar, se llegará, como lo advierte el criminólogo Álvaro Orlando Pérez, a un “estado anómico en materia de política criminal” (Pérez, 2007, p. 322).

Conclusiones

El estudio de los delitos contra el orden económico social y su especie los delitos financieros, surge con el abandono del Estado liberal, cuando se abre paso el intervencionismo de estado en la economía. Es también una respuesta a la equivocada teoría de que la delincuencia es exclusiva de las clases menos favorecidas y de personas con unas especiales características como lo sostenía la escuela positivista. En este propósito tiene gran mérito la obra de Edwin Sutherland, titulada “los delitos de cuello blanco”, publicada en 1949.

En las décadas del 80 y el 90, se presentan en el mundo cuantiosas defraudaciones y conductas que afectan intereses colectivos, lo que conduce a una gran expansión del Derecho Penal Económico. Hasta ese momento, los comportamientos que afectaban la intervención del Estado en la economía eran sancionados por normas de derecho administrativo sancionador, aplicadas por la alta policía económica como las Superintendencias Financieras.

En Colombia, los delitos financieros aparecen con la crisis de 1980, cuando a través de la declaratoria de emergencia económica se dicta el Decreto 2920 de 1982, en el que se consagran tres tipos penales: la utilización indebida de fondos captados del público; las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados y la captación masiva y habitual de dineros, comportamientos reseñados en normas administrativas como los decretos 2388 de 1976, 3604 de 1981 y 1970 de 1979.

Como consecuencia de la conmoción generada por falsos rumores difundidos vía Internet, se escinde el tipo penal de pánico económico en tres figuras. Una de ellas, “la ma-

nipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores y Emisores”, se reconoce como un delito financiero.

En el código penal del año 2000, con muy buen criterio, se reagrupan todos los delitos financieros en el Capítulo II, dentro del Título X, denominado “Delitos contra el Orden Económico Social”.

Con motivo de la crisis financiera desatada por las defraudaciones piramidales, en el año 2008 se declara la emergencia social y en ejercicio de ese estado de excepción, se modifica el tipo penal de captación masiva y habitual de dineros y se erige a comportamiento delictual el no devolver los dineros captados ilícitamente.

Resulta evidente que los delitos financieros en Colombia han sido creados siempre como respuesta a situaciones de crisis, es decir que son eminentemente coyunturales,

atendiendo a un “populismo punitivo”, y sin el profundo análisis requerido para esta delicada tarea, con lo que se puede concluir, sin duda alguna, que la política criminal no ha estado presente en la tipificación de estos comportamientos como punibles.

Es urgente adelantar un juicioso estudio para determinar cuáles de los comportamientos reseñados como delitos financieros deben ser sancionados por el derecho administrativo sancionatorio. Cuáles deben ser las penas adecuadas para los ilícitos financieros; cómo alcanzar penalmente a las personas jurídicas en cuyo favor se realizan estas conductas y cuáles comportamientos que actualmente están por fuera de la cartilla de delitos deben incorporarse a ella, por ejemplo, la estafa en el crédito y cuáles comportamientos que están en el Código Penal deben reubicarse como delitos contra el sistema financiero, tal como la utilización indebida de información privilegiada.



Referencias

- Betancourt, B. (1982) *Alocución Presidencial* correspondiente al día 8 de octubre de 1982 Canales de Televisión Colombiana.
- Beristain A. (1986). *Derecho Penal y criminología*. Bogotá: Editorial Temis..
- Beccaria, C. (1969) *De los delitos y las penas*. Madrid: Aguilar S.A. Ediciones..
- Bergali, R y otros (1983) *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bernal, J. (1984). Conductas delictivas consagradas en el decreto 2920 de 1982. *Revista Derecho Económico*, julio-diciembre, 1984. Bogotá: Editorial Temis.
- Cancino, A. (1983) *Los delitos contra el orden económico social*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Calle, L. (2009) *El estado actual de las ciencias penales*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Castro C y otros. (2009) *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Diario El Tiempo, jueves 6 de agosto de 2009. P. 1-5 Nación.
- Diario El Tiempo, jueves 27 de noviembre de 2008.P. 1-4.
- El Espectador. Miércoles 5 de noviembre de 1997. P. 6 A.
- Fernández A. (1978). *Estudios sobre criminalidad económica*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A.

- Republica de Colombia. Gaceta Judicial, No. 2409. P. 560.
- García P. (2007) *Derecho penal económico. Parte general*. 2ª. Edición. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Herederó, J. (1969). *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- Hernández, H (2008). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.
- Hernández, H (2009). *Cuadernos de derecho penal económico* No. 3. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Martínez, N. (1994). *Sistemas financieros*. Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Martínez, H. (2009). *La penalización de los delitos financieros y bursátiles*. Conferencia pronunciada en el seminario La Penalización de los delitos financieros y bursátiles, organizado por la Superintendencia de Valores. Recuperada el día 2 de abril de 2011 y disponible en <http://humanitatis.blogspot.com/2009/02/penalizacion-para-tati.html>
- Márquez, R. (1996) *Delitos Bancarios*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Miranda, R (1970) *Delitos contra el orden económico*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
- Landrove , G (1978). *Los fraudes colectivos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.
- Montaño, A. (2003). *Delitos financieros en México*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Ortiz, P. (1999) Nociones sobre el mercado de valores en el Ecuador. En revista RFJ. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador*, No. 1, marzo de 1999. p.70
- Pabón, P. (2001). *Comentarios al Nuevo Código Penal Sustancial*. Bogotá: Edición Doctrina y Ley Ltda.
- Pérez, A. (1993). *Diccionario de Criminología*. 3ª. Edición. Bogotá: Forum Pacis.
- Pinilla, N. (1990). Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Vol. XI – No. 39.
- Revista semana. Edición 1930-1931. Diciembre 22 de 2008 a enero 5 de 2009.
- Reyes, J. (2007) *Tratado de criminología*. Guatemala. Cárdenas Velasco Editores, S.A. de C.V.
- Reyes, A. (1975). *Criminología*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición.
- Reyes, A. (1996). *Derecho Penal*. Quinta reimpresión. Bogotá: Editorial Temis.
- Romero, L (1988). Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado. En revista cambio jurídico. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ruiz, G (2009). *Cuadernos de derecho penal económico* No. 3. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Sandoval, E. (1982). *Penología. Parte General*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Sepúlveda, J. (1988) *Política Criminal*. En: Lecciones de criminología. Asociación Colombiana de Criminología Alfonso Reyes Echandía. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988. p, 87.
- Sotomayor, J (2009). ¿El derecho penal garantista en retirada? En: *El estado actual de las ciencias penales*. Armando Luis Calle Calderón – Recopilador. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.

Stampa, J. (1979). *Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Sutherland, E. (1969). *El delito de Cuello Blanco*. Traducción Rosa del Olmo. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Tabares, G. (1985). *La protección de la confianza pública*. Asociación Bancaria de Colombia, Vigésima tercera convención bancaria y de instituciones financiera.

Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito*. Ariel Derecho, Barcelona.

Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal. Parte general*. Traducción de Amelia Mantilla Villegas. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis.