

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

GERARDO ÁNGEL PEÑA. CÓDIGO 3000256

DOCENTE Dr. RICARDO ARTURO ARIZA LOPEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

MAESTRIA DERECHO PROCESAL PENAL

AÑO 2012

Agradecimientos perenes al Todo Poderoso por darme tantas y tantas oportunidades.

También vayan las gracias para mí familia, que siempre me ha dado su apoyo para sacar adelante mis propósitos.

Agradezco a quienes fueron mis maestros de Maestría por sus valiosas enseñanzas.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE AL ARTICULO 316A DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Resumen

A través del presente trabajo se analiza el alcance del artículo 316A de la Codificación Penal Colombiana, en tanto se discute si del mismo son destinatarias o no aquellas personas que captaron masiva y habitualmente dineros antes de entrar en vigencia el punible a que se contrae dicha preceptiva.

Palabras clave

Captación masiva y habitual de dineros, negativa a devolución de recursos captados del público, principio de legalidad, delito permanente y destinatarios del artículo 316A del Código Penal Colombiano.

PRINCIPLE OF LEGALITY VS. PENAL CODE SECTION 316A COLOMBIAN

Abstract (Summary)

The present document analyses the scope of Article 316A of the Colombian Penal Code (Codificación Penal Colombiana); and whether people that massively and

habitually caught money from the community before this article took effect, are subject to be investigated and judged by a court

Key Words

Massive and habitual money catchment, refusal to return caught money from the public, principle of legality, permanent offense and subject of article 316A of Colombian Penal Code, before taking effect

INTRODUCCION

No obstante la existencia de legislación penal especial para la sanción de conductas atentatorias contra el sistema financiero, tales como “UTILIZACION INDEBIDA DE FONDOS CAPTADOS DEL PUBLICO” (Art. 314) “OPERACIONES NO AUTORIZADAS CON ACCIONISTAS O ASOCIADOS” (Art. 315) y “CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS” (Art. 316), el Estado Colombiano hubo de intervenir para proteger a los usuarios ante la crisis social que sobrevino cuando el tema de la captación ilegal de dineros tocó fondo, asumiendo una posición drástica, habida cuenta que endureció las penas para esta clase de comportamientos ilícitos, al tiempo que elevó a delito la no devolución de la pecunia por parte de las captadoras ilegales a quienes hubiesen invertido en ellas.

En efecto, el nuevo tipo penal contemplado en la Ley 1357 de 2009, es del siguiente tenor:

*“ARTÍCULO 2o. Adiciónase el art. 316A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:
“Artículo 316A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Con la entrada en vigencia de dicho delito surge entonces la pregunta ¿pueden ser sujetos activos de este *nomen juris* quienes hayan captado ilegalmente dineros del público masiva y habitualmente antes de su tipificación?

El interrogante prorrumpie precisamente porque en procura de resguardar el principio de legalidad de que debe estar revestido todo el ordenamiento jurídico, es necesario tener claridad a qué personas cobija la disposición en la mencionada circunstancia y que en consecuencia deben ser procesadas por la comisión del novísimo hecho punible.

Por manera, que a ello apunta el presente ejercicio académico, teniendo en cuenta que la situación en comento está planteada en la actividad judicial, a propósito de un recurso de apelación surtido ante el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Penal¹, mediante el cual se decidió sobre la preclusión de una investigación por el delito de omisión en el reintegro de los dineros captados (Art. 316 A del Código Penal), oportunidad en que la judicatura, contrario a lo alegado por la defensa y con la coadyuvancia del representante de la Fiscalía General de la Nación, consideró que en el asunto *sub exámine* se está frente a una conducta delictiva de carácter permanente, por cuando a los inculpados se les acusa por el punible en referencia con ocasión a la omisión continua que vienen ejecutando desde el momento de haber entrado en vigencia el precepto punitivo, por cuya razón no es posible predicarse la retroactividad de la ley penal más desfavorable a los intereses de los implicados, en virtud a que la norma se está concibiendo hacia el futuro, advirtiendo el *ad quem* la necesidad de dilucidar la controversia en el plano de un juicio.

Es de anotar que el presente trabajo está fincado en la concreción de temas que analizados sistemáticamente permiten llegar a las conclusiones ofrecidas, entre los que cuenta el relativo a las denominadas pirámides financieras y su caída, control e intervención del estado a las mismas, normatividad aplicable a la problemática y el análisis del delito a partir de la doctrina y la jurisprudencia.

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. SALA PENAL. Proceso N. 1100160000002010-00457-01. Auto de 15 de Febrero de 2011. M.P. Dagoberto Hernández Peña.

1. ANTECEDENTES

1.1 Pirámides financieras en Colombia (hechos recientes).

La historia de nuestro país se ha caracterizado por encontrar en sus pasajes un sin número de personajes que se han vuelto célebres por representar diversos matices de los rasgos distintivos de la colombianidad. Muchos de los asociados llevan ya dentro del imaginario colectivo unas cargas simbólicas que los hacen únicos.

En ese trasegar surgen en el mundo de la política y de la economía individuos con un toque mesiánico que en no pocas oportunidades han sido aceptados por la ciudadanía que les reconoce legitimidad y confianza.

Nótese cómo en los últimos años aparecieron progresivamente en Colombia unos Señores como David Murcia Guzmán² que han hecho soñar a miles de

² “De humilde familia, David Murcia Guzmán nació en la población de Ubaté (Cundinamarca) y a los 14 años se traslada a Bogotá para terminar sus estudios de Bachillerato, luego de vivir durante cuatro años en Cúcuta. Una vez instalado en Bogotá, Murcia consigue un primer trabajo como empacador en una fábrica de tortas y al año siguiente se vincula a una agencia que hacía 'casting' de extras para televisión, donde comienza a interesarse por el medio. No obstante, los orígenes de la cuestionada fortuna de David Murcia Guzmán se remontan al 2003, cuando llegó al municipio de La Hormiga (Putumayo) en busca de fortuna y trabó amistad con el párroco de la iglesia del Perpetuo Socorro, Carlos Zárate, a quien ofreció prestar su ayuda en la misión pastoral que realizaba con la comunidad. Pasado un tiempo, Murcia se ganó la confianza del cura y pasó a hacer parte de la emisora comunitaria, desde la que promovía obras sociales que costaba gracias a la realización de rifas, al tiempo que realizaba sus primeros canjes por pauta publicitaria para poder vivir. Por aquel entonces compartía una modesta habitación por la que pagaba 15.000 pesos junto con un amigo, con quien se vieron obligados a mitigar el hambre con una bolsa de leche que compraban gracias a las ganancias que le dejaban los canjes por productos naturales. **Primeras empresas.** No era la primera vez que Murcia incursionaba en la realización de obras sociales. Luego de hacer un viaje a Santa Marta que ninguno de los vecinos de ese entonces (2001) recuerdan -aunque según el empresario llegó a tener varias cámaras y equipos de edición-, Murcia se trasladó al municipio de Pitalito (Huila), para conformar la que sería su segunda empresa: Red Solidaria DMG. Murcia se dedicaba a la rifa de vehículos con boletas que elaboraba él mismo, aparte de realizar gestiones entre la empresas de salud para que se le prestara atención

colombianos con la multiplicación del dinero como por arte de magia. La mejor definición de este personaje nos la da la revista Semana cuando plantea que “Murcia es lo que se podría llamar una versión moderna del 'rey Midas': con su esquema de negocios logra que a la gente se le multiplique el dinero.”³ La fórmula, utilizar un sistema piramidal con algunos aditamentos como recursos provenientes del lavado de activos y unas tarjetas de cambio, en donde la base del funcionamiento del sistema ha radicado en que los asociados, clientes o como él los llamaba: integrantes de la familia DMG, aportaban un dinero con la promesa de multiplicarlo al término de algunos meses.

Así funcionaron no solo las empresas de Murcia (DMG), sino también otras que con diversos ofrecimientos muy jugosos en términos de ganancias a los usuarios – que valga decir fueron de todos los estratos sociales- logrando de esa forma cautivar la opinión pública y generar una suerte de avalancha de personas interesadas en “invertir”, todo lo cual contó con la aquiescencia del Estado, en una especie de ***Laissez faire et laissez passer*** (dejar hacer, dejar pasar), permitiendo el funcionamiento de estos negocios por un largo periodo hasta que la situación

médica a la población más pobre por medio de subsidios; sin embargo, según reconoce el propio Murcia, de Pitalito se vio obligado a salir por las versiones que comenzaron a circular acerca de sus “supuestas indelicadezas”. Pero no sería hasta que debió hacer un viaje en procura de mercancías que compraría en Bogotá, que se le ocurrió el negocio que hoy lo tiene en el ojo del huracán, a partir de un capital de 500 dólares que consiguió entre los habitantes de La Hormiga, con cuyas ganancias abriría el primer local y comenzaría a constituir la cuestionada empresa, que luego volvería a registrar con las iniciales de su nombre. Desde entonces, el empresario se ha destacado por sus excéntricos gustos de “nuevo rico”, entre cuyas propiedades destacan tres yates, un jet ejecutivo y una avioneta, así como automóviles Ferrari y Maserati, además de varias motos Harley Davidson y guardarropa de diseñador, que a decir del ministro de Defensa, Juan Manuel Santos, “demuestran un alto nivel de vida, propio de narcotraficantes”. Según ha explicado el propio Murcia de manera pública, el secreto de su fortuna consistiría en realizar un posicionamiento de marca, en la que las personas invierten en el nombre de su empresa. Negocio que aparte de Colombia, le ha permitido expandir sus operaciones a otros países como Venezuela, Panamá, Ecuador y Brasil, por los que deberá afrontar cargos por los delitos de concierto para delinquir, lavado de activos, enriquecimiento ilícito y captación masiva de dinero, entre otros.”. Disponible en Portada Terra Colombia: <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu16642-la-fortuna-de-david-murcia.htm>. Publicado el 20 de noviembre de 2008.

³ Revista Semana. <http://www.semana.com/nacion/faraon-dmg/115944-3.aspx> Publicado el sábado 27 de septiembre de 2008.

comenzó a dar un giro para ponerse en contra del público, con grave deterioro del orden social.

1.2 Control Estatal policivo y represión penal a las captadoras ilegales.

Aunque se contara con mecanismos de orden administrativo para ejercitar un control por parte de las autoridades a las personas que recaudasen recursos del público⁴ y en aplicación de ellos eventualmente imponer medidas cautelares como la suspensión inmediata y definitiva de la captación masiva y habitual de dineros y devolución íntegra de los mismos a los inversionistas con fundamento en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la verdad no fueron tan efectivos.

Si bien la captación de dineros debe contar con los debidos permisos para poder efectuar una vigilancia adecuada y permanente a esa actividad, lo cierto es que en la práctica han operado empresas piratas en las que las inversiones corren total riesgo porque su objeto social ciertamente es una falacia, precisamente porque sobre ellas no hay ningún control, y cuando eventualmente resulten ser intervenidas, con mucha dificultad se puede llegar a tener claridad de la manera como han funcionado y por lo mismo saber en dónde están los recursos colocados por terceros.

A la vez, las responsabilidades penales establecidas por los jueces ante la comprobación de la captación ilegal devenían inocuas, toda vez que el mensaje de la norma contentiva de la conducta punible, antes de la reforma, no cumplía con el objetivo cual era motivar en el destinatario la abstención de cometer la infracción.

⁴ Ver: Decreto 663 de 1993 (Abril 2). Por el se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.

1.3 Caída de las pirámides financieras y estado de excepción.

El colapso de las captadoras que pusieron a soñar a muchos colombianos en la década inmediatamente anterior, causó serios problemas que llevaron al Gobierno Nacional a declarar la emergencia social para conjurar la situación⁵.

Con fundamento en lo anterior, la Presidencia de la República dictó el Decreto Legislativo 4336 del 17 de noviembre de 2008, por medio del cual modificó el Código Penal en su artículo 316, teniendo en cuenta que era necesario hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la conducta allí descrita, y entonces se penó a través del artículo 316A la no devolución de los recursos captados.

La justificación de dichas medidas aparece clara en las intervenciones de que da cuenta la decisión jurisdiccional que revisó la constitucionalidad del citado Decreto⁶, como la decisión misma, así:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público concluye que con la expedición del Decreto *“se crea un mecanismo efectivo de represión y disuasión del delito de*

⁵ Ver: Decreto 4333 de 2008 (Noviembre 13), por medio del cual el Ejecutivo declara el estado de excepción, tras la proliferación desbordada en todo el país de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que dificultaban la intervención de las autoridades, poniendo en riesgo el patrimonio de un número importante de ciudadanos que entregaron sus recursos a particulares.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 224/09. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria, en que se resuelve “Primero. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 1º del Decreto Legislativo 4336 de 2008, en el entendido que sólo tendrá vigencia de un año a partir de la expedición del decreto. Segundo Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2º del Decreto Legislativo 4336 de 2008, salvo la expresión *“antes de la vigencia de esta norma”* contenida en el párrafo que se declara **inexequible**. La exequibilidad en el entendido que sólo tendrá vigencia de un año a partir de la expedición del decreto. Tercero: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 3º del Decreto Legislativo 4336 de 2008, a partir de su promulgación”.

captación, de tal forma que se detenga la inversión de recursos del público en las denominadas pirámides y se logre la devolución de la mayor cantidad de recursos captados ilícitamente a los afectados, conjurando así la causa principal de la crisis social suscitada, así como evitar la extensión de sus efectos”.

Por su parte el Ministerio del Interior y de Justicia encuentra relevante que el Estado *“endurezca las consecuencias de realizar estas actividades buscando así desestimularlas en forma contundente. Endurecimiento de la sanción que no debe limitarse al aumento del tiempo de la pena sino que debe perseguir también garantizar que cumpla su objetivo de desestímulo de la conducta. Considera que ha de buscarse 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”.*

La Procuraduría General de la Nación, encuentra que *“las imposiciones del decreto no constituyen cargas públicas adicionales para las personas a las ya existentes en materia de sometimiento a las investigaciones penales, ni modifican los derechos y garantías de los investigados contemplados en la legislación ordinaria. Por lo tanto, al mantenerse los principios de presunción de inocencia y debido proceso como los principios rectores del sistema penal, las medidas adoptadas no exceden las facultades conferidas por la Constitución al legislador extraordinario, que se produjeron al amparo del interés general que subyace en la declaratoria de la emergencia social”.*

Expresiones que tuvieron toda la aquiescencia del juez natural para ese tipo de juicios, tras considerar que:

“Para la Corte resulta acreditada la relación de conexidad entre el presente decreto de desarrollo y las causas que determinaron la declaratoria del estado de emergencia social, como también al interior del mismo entre su parte motiva y resolutive”.

“La relación directa y específica entre el Decreto 4336 de 2008 y las causas invocadas en el Decreto 4333 de 2008, es evidente por cuanto:

“Dentro de las motivaciones que llevaron a la declaratoria del estado de emergencia social y que esta Corte encontró ajustadas a la Constitución (consideraciones dos, tres, nueve, diez, once, doce y trece), es clara y expresa la referencia i) al tipo penal de captación masiva y habitual de dineros sin autorización legal; ii) a la proliferación desbordada de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades; iii) a la necesidad de adoptar mecanismos ágiles y demás tendientes a restituir, en especial a la población de menores recursos, los activos recuperados por las autoridades; iv) se compromete la subsistencia de las familias que puede devenir en una crisis social, además que también puede perturbar el orden público, v) dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes, se hace necesario contrarrestarlos en forma inmediata; y vi) se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el decreto”.

“El decreto declaratorio del estado de emergencia social previó la posibilidad de aumentar las penas, lo cual resulta en perfecta armonía con el presente decreto toda vez que en la parte motiva se alude a que su expedición obedece, además de su referencia expresa al decreto declaratorio de la emergencia social, a la incidencia de la captación masiva y habitual de dineros sin autorización legal en

las causas de dicha emergencia, así como al grave daño social que ocasiona, lo cual hace necesario hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la conducta”

“La modificación del Código Penal por el legislador excepcional atiende principalmente a la proliferación desbordada en todo el país de las distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, presentadas bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades. De ahí que el Ejecutivo se encontraba habilitado constitucionalmente para modificar y crear los tipos penales en orden a tipificar con nuevos verbos rectores las nuevas modalidades criminales para conjurar la crisis social e impedir la extensión de sus efectos”.

“Es demostrativo de la motivación suficiente que reviste el decreto en estudio, al exponerse con el grado necesario los motivos que llevaron al legislador a adoptar las medidas legislativas penales. De ahí que se hubiere decretado la modificación del Código Penal, para ampliar la descripción de la conducta delictiva, incrementar la pena de prisión y establecer una circunstancia de agravación punitiva (art. 1º) y, bajo el soporte básico de esta conducta establecer uno nuevo por el no reintegro de los dineros captados del público por parte del sujeto activo que lo hará ahora merecedor de una pena independiente (art. 2º), para finalmente, instituir la vigencia del decreto a partir de la fecha de su promulgación”.

“Para la Corte es claro que el presente decreto tiene por objeto fortalecer la legislación penal en materia de captación ilegal de recursos del público, lo cual guarda perfecta consonancia con las causas que originaron la declaratoria de la emergencia social, al igual que al interior del decreto, al pretender de una parte prevenir, disuadir y reprimir la inusitada, novedosas modalidades y sofisticados

sistemas de captación y, de otra parte, motivar el reintegro de los recursos dada la grave crisis social desatada en el país”.

“Se pretende desestimular la comisión de dichas infracciones penales bajo el establecimiento de una prevención especial que atienda de manera más idónea, oportuna y eficaz al desbordamiento del fenómeno, en la búsqueda de restablecer el bien jurídico tutelado como lo es el orden económico social. En palabras de la Corte “un fenómeno ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente,...las modalidades sofisticadas de captación diseñadas, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades estatales, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal”.

“Con el presente decreto se establecen medidas legislativas penales que buscan conjurar la crisis social e impedir la extensión de sus efectos. Resulta indiscutible que las medidas legislativas penales están dirigidas a contribuir y remover las causas de la grave perturbación del orden social”.

Las modificaciones al Régimen Penal que introdujera el Decreto Legislativo 4336 de 2008 fueron recogidas y erigidas en legislación permanente por la Ley 1357 de 2009, que reformó la Ley 599 de 2000, en su artículo 316.

2. ESTADO DEL PROBLEMA

La idea de auscultar la problemática relativa a la no devolución de los dineros obtenidos del público a través de su ilegal captación masiva y habitual, surge precisamente porque la aplicación de la institución penal una vez cobra vigencia, activa interés en precisar cuáles hechos serían los cobijados por la disposición y entonces entra en juego conceptos como el principio de la legalidad, categoría sumamente sensible a la hora de ejercer el Estado su facultad punitiva. Veamos más a fondo este tópico.

2. Del principio de legalidad.

A través de la historia el derecho penal ha sido utilizado como la principal herramienta de poder. En la época del oscurantismo de la edad media se establecía y sancionaba el delito en forma caprichosa y arbitraria, por lo que contra ello alzó la voz por allá hacia 1773 el Marqués Cesare Beccaría, en procura de que ese derecho sancionatorio fuese humanizado, lo cual se lograría por ejemplo con la legalidad de la conducta delictiva y la legalidad de la sanción penal. Hoy día esto es una realidad por cuanto el principio de legalidad se halla consagrado en los ordenamientos positivos, precisamente para controlar el poder punitivo del Estado y confinar su aplicación dentro de los límites que excluyan todo exceso por parte de los que detentan o ejercen el *ius puniendi*.

Dice el artículo 6° del Código Penal Colombiano “*ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)*”.

Por su parte consagra el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)*”. El subrayado fuera de texto.

Sobre el particular encontramos definiciones tanto en la doctrina patria como en la foránea que enseñan:

*“En síntesis, a lo que apunta, a lo que se orienta el **principio de legalidad** contenido en la norma rectora ... es a limitar el “ius puniendi” radicado en cabeza del ente estatal. Sin desconocer la facultad que el Estado tiene para determinar qué es el delito, cuáles son las conductas punibles, y cuál será la sanción aplicable para el evento de la observancia efectiva de una de estas conductas prohibidas, a lo que se orienta el **principio de legalidad** es a recordarle al Estado que ese poder de definir los delitos y de imponer sanciones, debe ser por él ejercido dentro de ciertos límites y condiciones, de tal suerte que no puede ser ejercido ni cómo, ni cuándo, ni de la manera que quiera, sino que debe hacerlo dentro de los moldes de las reglas de juego previamente establecidas, entre él, como ente soberano, y los coasociados, como destinatarios (en principio) de tales reglamentaciones”.*⁷

“Principio de legalidad significa que a nadie se puede imputar, procesar ni condenar por un hecho si su comportamiento no ha sido previsto con antelación como punible (delito o contravención); tampoco se puede imponer pena o medida de seguridad si no se reúne la misma exigencia previa. (...) En síntesis, en

⁷ MOLINA ARUBLA, Carlos Mario. *Principios rectores de la ley penal colombiana*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1a. Edición. 1995. p. 13.

*Colombia puede ser desplegado cualquier comportamiento sin temores, a menos que antes de su realización la ley penal lo haya elevado a la categoría de hecho punible en forma expresa e inequívoca, tanto respecto de su estructura como de su penalidad”.*⁸

*“En un Estado de Derecho social y Democrático como el colombiano – según lo declara con toda pompa la Carta Fundamental –, naturalmente, al lado del axioma de humanidad – límite material – debe aparecer el apotegma de legalidad, como supremo límite formal o político al ejercicio del ius puniendi del Estado. (...) Como en su terea de persecución penal de las conductas punibles, el Estado acude a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para el logro de tal cometido ... para intervenir de manera drástica en los derechos más elementales del hombre, se hace indispensable la búsqueda de un axioma que controle el ejercicio del poder punitivo ... de tal manera que el ciudadano tenga la certeza de que solo es punible lo que está expresamente señalado en la ley (...).”*⁹

*“... un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán” (...) Frente a esto, el principio de legalidad ... sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”.*¹⁰

⁸ PEREZ PINZON, Álvaro Orlando. *Introducción al derecho penal*. Ediciones Forum Pacis. Santafé de Bogotá. 2a. Edición. 1992. p. 255-256.

⁹ VELASQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá. Cuarta Edición. 2009. p. 131.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. Segunda Edición. p. 137.

Dicho principio de legalidad tiene una inescindible relación con el principio de irretroactividad de la ley penal, según el cual la ley que se dicte debe operar hacia el futuro, como quiera que *“a nadie se le puede imputar un hecho como delictivo si no ha sido previsto como tal con antelación a la realización del comportamiento”*.¹¹

El que la ley penal tenga el carácter de previo, es una garantía sustantiva que emana del principio de legalidad, puesto que *“La prohibición de extraactividad de la Ley penal se funda en el que de que ésta siempre se dicta para el futuro, obra en el tiempo en el cual nace, cobra vida y se extingue; por ello, no puede aplicarse a los hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia (retroactividad) (...). En otras palabras: la Ley rige desde el tiempo de su promulgación hasta su derogatoria o extinción, salvo disposición en contrario. Se trata, a no dudarlo, de una garantía más para el ciudadano, dado que se le prohíbe al legislador la creación de un derecho penal retroactivo (...), y al juez su aplicación, de aquí que el administrador de Justicia solo pueda atribuir la transgresión de un tipo penal determinado e imponer una consecuencia jurídica, cuando ellos estuviesen previstas al momento del acto, de lo contrario no”*.¹²

2.2 Del delito permanente.

Los hechos que pueden interesar al derecho penal son aquellos que lógicamente sean constitutivos de conductas punibles y que según su estructura la doctrina los ha clasificado, entre otros, de la siguiente forma¹³:

¹¹ PEREZ PINZON, Álvaro Orlando. *Introducción al derecho penal*. Ob. Cit. p. 203.

¹² VELASQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Ob. Cit. p. 159.

¹³ Ver: VELASQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Ob. Cit. pp. 634 y 635

- a) Tipos de conducta instantánea: Clasificación que se hace para designar los supuestos de hecho en los que la realización del comportamiento descrito o el resultado, según el caso, se agotan en un solo momento, como por ejemplo, el homicidio, el hurto, el acceso carnal violento, la concusión.
- b) Tipos de conducta permanente: Son aquellos en los que el comportamiento del agente se renueva de manera continua, permanentemente, en el tiempo, como sucede con el concierto para delinquir, la rebelión, el secuestro, la inasistencia alimentaria.

En los delitos instantáneos la consumación tiene lugar en un momento específico, vale decir cuando se ejecuta la conducta o debió realizarse el comportamiento¹⁴, en cambio, en el delito permanente la consumación se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa el atentado al bien jurídico tutelado.

La vigencia de la ley penal para los delitos de ejecución instantánea no ofrece mayores dificultades a la hora de su aplicación, lo que sí puede ocurrir con los de ejecución permanente y es allí precisamente en donde se debe tener cuidado para no ir a resquebrajar el principio de legalidad penal.

En la comisión del punible permanente se requiere que el estado dañoso o de peligro, que proyecta la conducta del sujeto activo no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo, y que la prolongación de la situación antijurídica se deba a la exclusiva actividad voluntaria del sujeto, quien persiste en ella sin solución de continuidad después de la realización del hecho que constituye el inicio del delito.

¹⁴ Ley 599 de 2000 (Julio 24). Art. ARTICULO 26. *“TIEMPO DE LA CONDUCTA PUNIBLE. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado”*.

No obstante que un determinado comportamiento sancionado por la vía administrativa, posteriormente sea elevado a la categoría de delictual, por supuesto represión más gravosa, se impone ésta. He aquí el principio de la *mutatis muntandis*. Miremos cuanto correlativamente expuso nuestro máximo tribunal de la justicia penal colombiana:

“En dicha labor encuentra la Colegiatura que tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:

“Primera, (...).”

“Segunda, (...).”

“Tercera, si de acuerdo con el artículo 6º de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto”.

“Cuarta, (...).”

“Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se

abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades: Una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v.g. liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en la ley para tal momento vigente”.

“La otra, continuar con la comisión del delito permanente dentro de su autonomía y posibilidad efectiva de determinación, pero, desde luego, asumiendo los nuevos costos punitivos más gravosos dispuestos por el legislador, pues no se aviene con una política criminal coherente que el incremento de penas para los delitos permanentes ya iniciados no se traduzca efectivamente en su imposición, con lo cual se estimularía la prolongación en el tiempo de tales comportamientos con la correlativa afrenta persistente para el bien jurídico objeto de tutela”.

“A manera de ejemplo destáquese que si una persona tiene en su poder determinada sustancia, cuya tenencia a partir de cierta fecha futura será punible al ser incluida como precursora para el procesamiento de estupefacientes, esa tenencia lícita inicial no la faculta para continuar con la sustancia una vez entre en vigencia la prohibición, pues por el contrario, está llamada a deshacerse de tal producto para no incurrir en la comisión del delito, y obviamente, de no proceder a ello, esa inicial licitud no tiene la virtud de volver también lícita la fase del comportamiento permanente cometida bajo el imperio de la nueva legislación, y por tanto, se hará acreedora a la condigna pena”. Subrayado y en negrita fuera de texto.

Impera entonces resaltar que si la nueva ley se aplica cuando el comportamiento no era considerado antes de su vigencia como delito, *a fortiori* habrá de hacerse cuando en la legislación anterior sí tenía definida una represión aunque por la vía administrativa. Así lo enseña la Doctrina Alemana, bastante utilizada por la jurisprudencia nacional, cuando sobre el tema señala:

*“La ley vigente en el momento del hecho: La “ley que está vigente en el momento del hecho” ha de haber entrado en vigor ya en ese momento y no puede haber dejado –sea por derogación, por transcurso de un plazo temporal, por Derecho consuetudinario en contra o por falta de objeto-de estar en vigor. El “momento del hecho”, según disposición legal expresa, es el momento “en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuando se produzca el resultado “. En el caso de los delitos permanentes, puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p.ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso “se aplicará la ley que esté vigente en el momento de determinación del hecho”. En cambio, no infringirá la prohibición de retroactividad la imposición de una pena o de una multa administrativa cuando el hecho, en un período transitorio entre su comisión o la resolución, hubiera dejado de estar sancionado con pena o con multa administrativa”.*¹⁵

2.3 Omisión en el reintegro de los dineros captados ¿conducta punible de ejecución permanente?

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá considera que el delito de que se viene tratando, es de naturaleza permanente y en tal virtud quienes captaron

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* Ob. Cit. p. 162.

dineros antes de entrar a regir el instituto penal se encontrarían inmersos en el delito, siempre que una vez entrada en vigencia la normatividad creadora del comportamiento infractor del Código de las Penas, no hubieren hecho devolución de los mismos.

Ello, porque quien voluntariamente se abstiene de regresar los recursos a los inversionistas, renueva constantemente su resolución, convirtiendo su actuar en un estado continuo de flagrancia.

Aquí no se edifica la tesis de delito permanente a partir del momento en que la persona entrega al captador el dinero, pues por esa vía se tendría que concluir que el delito es de ejecución instantánea, sino que la permanencia frente al bien jurídico tutelado se deriva del tiempo en que el captador tarde en reintegrar el dinero al “inversionista”.

3. DISCUSION

La captación masiva y habitual de recursos del público en forma ilegal, colocó en jaque a la sociedad colombiana y a las autoridades del Estado, por cuya razón se emitió la respectiva normatividad para contrarrestar la crítica situación que ello generó.

Teniendo en cuenta que dicha actividad atentaba gravemente contra los bienes jurídicos protegidos por el legislador penal, contemplados en el capítulo de los delitos contra el sistema financiero, específicamente la “Captación masiva y habitual de dineros”, prevista en el artículo 316, la disposición se hizo más drástica al aumentar la punibilidad del tipo, y al erigir en delito la no devolución de los recursos producto de ese proceder.

Claro, los supuestos fácticos se estrenaron del nuevo delito, habida cuenta que el tipo base se hallaba presente.

La idea de la reforma a la ley penal no tiene otro significado que lograr la erradicación de esa práctica antijurídica y desde luego lograr que los recursos invertidos vuelvan al patrimonio de los inversionistas. Este fue el sentido que dio a las nuevas disposiciones el Ministerio Público en su intervención previa al estudio de constitucionalidad de las mismas, al esgrimir:

“ (...) con la modificación del artículo 316 del Código Penal, que amplía las conductas punibles y redosifica las penas, se genera un efecto persuasivo y de mayor impacto sancionatorio en aplicación del principio de prevención dentro de la

política criminal del Estado encaminada a la disminución y eliminación del delito. (...) el artículo 316A del Código Penal “está dirigido a reprimir una conducta que permanece en el tiempo, cual es la de omitir la devolución de los dineros captados de manera ilícita, tipo penal autónomo que surge como complemento necesario del delito de captación masiva y habitual sin autorización legal, pues la experiencia enseña que los captadores ilegales, una vez cumplida la pena, entran a disfrutar del producto de su ilícito”.¹⁶

En mi sentir, razón le asiste a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D. C., de ubicar la omisión prevista en el artículo 316 A del Régimen Penal Colombiano, dentro de aquellos delitos que por su estructura son de ejecución permanente. Luego los dineros captados ilegalmente por las pirámides financieras antes de entrar en vigencia este punible, deben ser devueltos a quienes hicieron la colocación, pues proceder contrario ubica *ipso jure* al captador renuente en destinatario de la norma penal, al quedar inmerso en un estrado de flagrancia.

Sin embargo, habrá que determinar en algunos casos, si el tiempo que dura un captador en reintegrar el dinero a los “inversionistas” luego de tipificarse como delictiva la sola omisión del reintegro, se puede considerar razonable y proporcional; verbi gracia, puede presentarse el caso en que un captador invirtió el dinero captado en títulos, acciones o bienes inmuebles, posteriormente se expide el artículo 316 A en estudio, y de inmediato este captador procura vender esos títulos, acciones o inmuebles para contar con el dinero y reintegrarlo a las personas.

¹⁶ Ver: Sentencia C – 224/09. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria.

4. PROPUESTA

Con fundamento en toda la teoría reseñada precedentemente, considero que no se vulnera el principio de legalidad en su aspecto de retroactividad de la ley, al aplicar el artículo 316A del Código Penal en los eventos en que la captación del dinero se haya presentado con anterioridad a la vigencia de esta norma, teniendo en cuenta que en este caso estamos ante un delito de ejecución permanente, en el cual la comisión de la conducta punible no solo cuenta a partir del nacimiento a la vida jurídica del delito, sino por todo el tiempo que el dinero ha estado y siga estando en manos del captador ilegal.

Amén, la tenencia de dichos recursos *per se* es ilegal, independientemente que el captador haya sido intervenido o no, pues el precepto legal no hace ningún tipo de diferenciación al respecto.

Especial ponderación integral de elementos probatorios se deberá realizar para algunos casos excepcionales, en los que el captador recibió el dinero y llevó a cabo algunas inversiones en títulos, acciones o inmuebles, y una vez se expide el artículo 316 A, comienza a realizar una labor verificable en pro de conseguir de nuevo el dinero para retornarlo a los “inversionistas” pudiéndose considerar esa demora razonable; pero claro, este ejercicio valorativo no se ha de desplegar para aquellos casos -la mayoría-, en los que desde un principio el captador iba gastando el dinero recibido de los incautos inversionistas –que no invirtiéndolo-, resultándole imposible con posterioridad recuperar ese dinero captado y gastado.

CONCLUSIONES

La creación del tipo penal de que trata el artículo 316 A del Código de Las Penas contiene una dualidad de valores. De un lado se busca que el captador ilegal se abstenga de incurrir en el delito y de otra parte que los dineros captados ilícitamente regresen a manos de sus propietarios.

El nuevo tipo penal integrado al capítulo de los delitos contra el sistema financiero, no exime de responsabilidad a quien haya captado ilegalmente antes de su existencia, siempre que hubiese omitido la devolución del dinero o que en cumplimiento a la norma, haya hecho la devolución posteriormente. Este último aspecto, porque aunque el legislador excepcional otorgó la posibilidad de aplicar de manera preferente el principio de oportunidad sobre el nuevo tipo penal a situaciones acaecidas antes de la vigencia de esta norma, la Corte Constitucional consideró¹⁷ el beneficio como violatorio del principio de legalidad de que trata el artículo 29 Superior, al conferir efectos retroactivos en la aplicación del principio sobre conductas que para ese entonces no resultaban penalizadas.

La norma penal que contiene el delito bajo estudio no hace distinción entre los captadores ilegales. Por manera que, incurre en la conducta punible tanto el captador que haya sido intervenido administrativamente como el que no lo ha sido, pues basta que en uno y otro caso se niegue a devolver los dineros a su propietario, salvo aquellos que excepcionalmente demuestren en el caso concreto que captaron dineros, realizaron inversiones y luego de expedido el artículo 316 A han procurado contar con el dinero en efectivo para en la medida que lo tengan lo reintegren a los inversionistas.

¹⁷ Ver: Sentencia C – 224/09. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria.

BIBLIOGRAFIA

CARRASQUILLA FERNANDEZ., Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Vol. I. Bogotá. Ed. Temis. 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. Segunda Edición.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Principios Rectores de la Ley Penal Colombiana*. 1ra Edición. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. 1992.

PEREZ PINZON, Álvaro Orlando. *Introducción al Derecho Penal*. 2da Edición. Bogotá. Ed. ForumPacis Ltda. 1992.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal parte General*. 4ta Edición. Bogotá. Librería Jurídica COMLIBROS.2009.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 224 de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Agosto de 2010. Rad. 31407. M.P. María del Rosario González Lemus.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. SALA PENAL. Proceso N. 1100160000002010-00457-01. Auto de 15 de Febrero de 2011. M.P. Dagoberto Hernández Peña.

NORMAS

LEY 599 de 2000

LEY 1357 de 2009

DECRETO 663 de 1993.

DECRETO 4333 de 2008.

VEGA CASTILLO, Lisandro. *La realidad económica de las "pirámides" y la necesidad de darles el tratamiento penal que merecen.* Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/2370/1/19079446-2011.pdf>.

A este respecto ver la noticia que fuera titulada "no hay herramientas para frenar estafa de pirámides", de fecha 12 de Noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=708680>

Portada Terra Colombia: <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu16642-la-fortuna-de-david-murcia.htm>. Publicado el 20 de noviembre de 2008.

Revista Semana. <http://www.semana.com/nacion/faraon-dmg/115944-3.aspx> Publicado el sábado 27 de septiembre de 2008.