

PRIMERA LÍNEA

No. 6, febrero 2019

MPA DERECHO PENAL CORPORATIVO

EQUIPO EDITORIAL

Mauricio Pava Lugo
Director Editorial

Andrés Felipe Díaz Arana
Director Académico

Paul Cifuentes
Editor

CONSEJO EDITORIAL

Andrés Felipe Zapata Zapata
Daniel Santiago Guio Díaz
Juan David León Quiroga

COLUMNISTAS

Jacobo Alejandro González Cortés
Javier Augusto Torres López
Juan David Gutiérrez Palacio
Mauricio Pava Lugo

EQUIPO EDITORIAL

MAURICIO PAVA LUGO

Director editorial

Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; *conjuez* de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA

Director académico

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes, Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España), acreedor del Premio al Primer Puesto en la edición 2014-2015. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, tesis calificada Matrícula de Honor por Unanimidad. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Profesor Titular en pregrado y posgrado en distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre derecho penal y política criminal en revistas nacionales e internacionales. Director Académico y Presidente del Consejo Editorial de Primera Línea.

PAUL CIFUENTES (Lingua Franca)

Editor

Licenciado en filología inglesa y aspirante a magister en filosofía de la Universidad Nacional. Ha sido docente consultor en redacción de textos jurídicos, inglés jurídico, traducción de textos jurídicos y lingüística forense para firmas distintas firmas y oficinas jurídicas; ha capacitado y asesorado despachos de la Rama Judicial. Ha actuado como perito convocado por las partes o por la Fiscalía General de la Nación. Es docente de los departamentos de Lingüística y Estadística de la Universidad Nacional de Colombia, en las áreas de redacción de textos jurídicos, argumentación oral, y comprensión y producción de textos académicos; está vinculado con la Unidad de Docencia e Investigación en Textos Argumentativos (Universidad Nacional) y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Es el Director académico y científico de *Lingua Franca: servicios lingüísticos y académicos*.

CONSEJO EDITORIAL

ANDRÉS FELIPE ZAPATA ZAPATA

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Asistente legal de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, con más de nueve años de experiencia en la firma; se ha desempeñado como coordinador jurídico y, actualmente, lidera la elaboración de conceptos jurídicos y estructuración dogmática de las defensas penales.

DANIEL SANTIAGO GUIO DÍAZ

Autor/Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad; realizó estudios de profundización en derecho internacional y derecho comparado en la Universidad Sergio Arboleda de Madrid – España. Fue orador en el XIX Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University en Washington D.C.; cuenta con conocimientos especializados sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al interior de la firma, se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo y apoyo a la gestión en materia de libro blanco.

JUAN DAVID LEÓN QUIROGA

Columnista/Miembro del Consejo Editorial

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de la Universidad del Rosario con profundización y especialización en Derecho Penal de la misma academia, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra y Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona. Con amplio conocimiento sobre la acción de extinción de dominio y su aplicación práctica, prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector corporativo y la aplicación de programas de cumplimiento.

COLUMNISTAS

MAURICIO PAVA LUGO

Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuetz de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTÉS

Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magíster en derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, y en las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo constante, lo que le ha permitido tener una completa comprensión del funcionamiento de la firma.

JAVIER AUGUSTO TORRES LÓPEZ

Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de pregrado de la Universidad Libre de Colombia, y en proceso de grado de estudios en especialización en Derecho Procesal Penal de la

Universidad Externado de Colombia. Realizó estudios de profundización en Derecho Penal, aprendizaje que conllevaría a su posterior desempeño como auxiliar judicial ad-honorem en la Sala penal del Tribunal Superior de Bogotá y en la Corte Suprema de Justicia. En la firma MPa, se desempeña como abogado de procesos penales especiales, relacionados con delitos económicos y financieros.

JUAN DAVID GUTIÉRREZ PALACIO

Estudiante de la facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, miembro del semillero Ultima ratio de Derecho Penal y secretario (e) del Capítulo Caldas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Participó en la elaboración de ponencia para intervención en audiencia pública en la comisión primera de la Cámara de Representantes por parte del Capítulo Caldas del ICDP en el Proyecto de Ley 138 de 2018/Reforma del Código de Procedimiento Penal. Asistió al XXXIX Congreso de Derecho Procesal organizado por el ICDP..

CONTENIDO

<u>“LA VIOLENCIA ES EL ÚLTIMO RECURSO DEL INCOMPETENTE”: ISAAC ASIMOV</u>	9
MAURICIO PAVA LUGO	9
<u>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA MODIFICA EL CRITERIO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA</u>	13
JACOBO ALEJANDRO GONZÁLEZ CORTES	13
<u>LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO: ENTRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y LA IGNORANCIA DELIBERADA</u>	21
JAVIER AUGUSTO TORRES LÓPEZ	21
<u>EL LAVADO DE ACTIVOS EN LA ÉPOCA DE LAS CRIPTOMONEDAS</u>	39
JUAN DAVID GUTIÉRREZ PALACIO	39

“LA VIOLENCIA ES EL ÚLTIMO RECURSO DEL INCOMPETENTE”: ISAAC ASIMOV

Mauricio Pava Lugo¹

Los Estados hacen uso del Derecho Penal y amenazan con prisión para desestimular ciertas conductas que, eventualmente, son consideradas de máxima gravedad. Cuando el ciudadano no atiende la amenaza, el Estado hace uso de la violencia y le priva de la libertad en muchos casos. Ésta es una facultad legítima. Sin embargo, no es legítimo abusar de ella, penalizando conductas indiscriminadamente a raíz de la incompetencia para atender las desviaciones sociales que necesitan ser controladas. Recurrir, entonces, a un sobrediagnosticado “populismo punitivo”—que se queda en mensajes públicos de “estar haciendo algo” sin importar si la medida impacta o no en la realidad—es una política pública de farsantes, la cual hace uso indiscriminado de la “violencia penal” para excusar su propia incompetencia.

En este sentido, hacemos referencia a la Ley 1864 de 2017, la cual tipificó el delito de elección ilícita de candidatos (Artículo 5, mediante el cual se integró el Artículo 389A a la Ley 599 de 2000). Bien vale preguntarnos si la incorporación era necesaria o no. Precisamente, para el momento de publicación de este editorial, se adelanta una acción de inconstitucionalidad, por medio del Expediente nro. D-12960, contra esta norma. La demanda está basada en que se evidencia una violación constitucional por parte del legislador, al extralimitarse éste en su libertad de describir las conductas que configuran los tipos penales. La inclusión de la norma acusada en el ámbito del Derecho Penal es excesiva e innecesaria, ya que, con

¹ Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

anterioridad a la postulación—como bien lo menciona el mismo artículo—, se impone una inhabilidad derivada de una decisión judicial, disciplinaria o fiscal.

El Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, en el expediente, hace énfasis en lo innecesario de esta tipificación del delito al mencionar que, con respecto a los mecanismos de participación democrática, “ya existe una protección al bien jurídico [...] diferente a la del derecho penal”. Con esto en mente, consideramos acertada la opinión de la Comisión Asesora de Política Criminal, la cual afirma que

No es razonable ni legítimo que un Estado fundado en la libertad y los derechos humanos recurra al derecho penal si cuenta con instrumentos menos restrictivos de la libertad para amparar los mismos bienes jurídicos y lograr los mismos propósitos [...]

Por otro lado, la Sección Quinta del Consejo de Estado defiende la norma acusada y arguye que ésta es necesaria como última medida. Quien persista en su intención electoral—a pesar de la inhabilidad determinada por medio de una decisión disciplinaria, fiscal o jurídica—se pasa por alto los filtros del ordenamiento jurídico para garantizar que los servidores públicos reúnan las condiciones constitucionales y legales establecidas. En este caso, el proceso—revestido de nulidad desde el comienzo—atenta contra los mecanismos de participación democrática y defrauda la voluntad del electorado. Por ello, al apelar al Derecho Penal, la norma en cuestión busca evitar la comisión de esta conducta.

En la actualidad, es claro que las controversias jurídico-electorales (revocatorias de elegidos, procesos jurisdiccionales previos o posteriores de elecciones, entre otras) son enormemente costosas para el sistema en términos económicos y de inestabilidad institucional. Comete una conducta grave quien—sabiéndose inhabilitado—se presenta como candidato, moviliza todo el aparato electoral a su alrededor e, incluso, logra ser elegido. Al someter su propia elección, de antemano inhabilitada, genera inestabilidad política en su comunidad y en las instituciones que representa. Esta conducta amerita una severa sanción, incluso de tipo penal.

Lo importante, sin embargo, es saber si la respuesta penal es eficaz. Al respecto, la Misión de Observatorio Electoral menciona que el diseño de tipos penales es una falencia al interior de los procesos contra delitos electorales, ya que resulta difícil e ineficaz su aplicación en la sanción de diferentes conductas, como la del constreñimiento al elector.

Entonces, las respuestas a estas conductas no deben ser trasladadas al Derecho Penal. La razón no es la innecesidad de la pena, ya que es apremiante una respuesta proporcional; la razón es la poca eficacia de nuestro sistema penal. Por tal motivo, debe acudir a respuestas punitivas extrapenales; a procedimientos más livianos, quizás liderados por el órgano especializado (el Consejo Nacional Electoral); a la imposición, por este órgano, de inhabilidad permanente para ser elegido; y a sanciones económicas solidarias para el candidato o elegido, y el partido o grupo político que lo presentó.

Temas presentados anteriormente en este boletín tienen una enorme vigencia con respecto a esta discusión. Por ejemplo, abogar por la responsabilidad de partidos y grupos políticos que permiten a quien se sabe inhabilitado presentarse a elecciones—necesariamente—nos lleva a considerar los regímenes de responsabilidad punitiva de personas jurídicas y, en consecuencia, a la utilidad de los programas de cumplimiento.

Así mismo, en cuanto a este tipo penal (elección ilícita de candidatos), parece que la Fiscalía General de la Nación aplicará la conducta de fraude procesal en modalidad tentada a aquellas personas inhabilitadas que se presenten a elecciones y no resulten elegidas este año. Por ello, resulta de suma importancia la discusión sobre tentativa en los delitos de administración desleal y la fase de agotamiento de la conducta de fraude procesal como novedad jurisprudencial.

Como indica Orlando Echeverry Salazar —presidente y representante legal de la Asociación Colegio de Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cali—, la norma acusada tipifica una conducta que implica “una serie de actuaciones, antecedentes, concomitantes y posteriores”, así como “acciones previas y vinculantes”, todas las cuales “conducen a la consumación del delito”. Por ello, resulta relevante nuestra reflexión sobre los conceptos de consumación y agotamiento.

Con base en lo anterior, cabe resaltar que el debate es un proceso que, además de considerar lo que ya se ha dicho en el pasado, debe ser capaz de formular nuevas propuestas para el futuro.

En esta nueva entrega de Primera Línea, nuestros autores abordan la función del Derecho Penal desde diferentes ángulos. En nuestra columna de interés, se aborda el principio de confianza al interior de las empresas, y su relación con la ignorancia deliberada y la responsabilidad penal de los empresarios. En nuestra columna de actualidad, se examina la sentencia reciente de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia en la cual se determinó que las declaraciones de testigos de referencia podrían considerarse pruebas directas y lo que ello implica.

Adicionalmente, en nuestra columna entre líneas, se examinan las características de las criptomonedas — herramientas digitales que han atraído mucho interés en los últimos años, pero que pueden ser el trasfondo de actividades delictivas — y se hace una propuesta para su regulación en el país.

Con esto, invitamos a nuestros lectores a explorar las diferentes temáticas de relevancia que se presentan aquí, en nuestro boletín número 6.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA MODIFICA EL CRITERIO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Jacobo Alejandro González Cortes²

En reciente sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dejó claro que las declaraciones que correspondan a elementos estructurales del tipo objetivo acusado, serán admisibles y nunca podrán ser consideradas pruebas de referencia. De esta manera, abre la puerta a que los testigos de referencia, que se formen un conocimiento personal, puedan ser tenidos como prueba directa por el simple hecho de haber sido concontrinterrogados en el juicio y que sirvan para demostrar, por ejemplo, la amenaza en el constreñimiento ilegal.

Sumario:

I. Introducción II. Hechos de la sentencia III. Consideraciones de la Sala IV. Toma de postura

I. Introducción

La prueba de referencia, que no es otra cosa que toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, ha sido una fuente de información que es

² Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magíster en derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, y en las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo constante, lo que le ha permitido tener una completa comprensión de su funcionamiento.

susceptible de valoración por parte de los jueces. Sin embargo, el uso exclusivo de esta prueba, hará que aplique lo que se conoce como tarifa legal negativa³, toda vez que existe prohibición expresa en la Ley de condenar a una persona solamente con prueba de referencia.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia SP 4900 de 2018 dentro del radicado 47194 del 14 de noviembre de 2018⁴, ratificó que toda prueba de referencia será la que haya sido practicada por fuera del juicio oral, es decir, las pruebas que se hayan obtenido sin la existencia de un debate o un debido contradictorio. No obstante, se hizo una modificación en el criterio, teniendo en cuenta que este pronunciamiento abre la posibilidad de que los testigos que declaren en el juicio oral, que no hayan percibido de manera directa la comisión del hecho punible, puedan ser considerados “testigos directos”, desde que tuvieran la posibilidad de construirse un conocimiento personal a través de los sentidos.

De lo anterior, cabe preguntarse si las declaraciones en el marco de un juicio oral, que versan sobre hechos que guardan estrecha relación con la acusación y que no hayan sido conocidos por fuente directa, pueden considerarse prueba de cargo o deben ser analizadas como de conocimiento directo. Al respecto, se puede plantear el siguiente interrogante: si una prueba que es de referencia es practicada con la debida contradicción (debatida por las partes), ¿deja de ser de referencia para constituirse en prueba directa por el mero hecho de haberse garantizado el contradictorio?

II. Hechos de la sentencia

En Sentencia SP 4900⁵ del 14 de noviembre de 2018, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se evaluaron hechos relacionados con las acciones de un exfuncionario de la fiscalía que se desempeñaba como asistente de Fiscal III y que citó, en su lugar de residencia, a un procesado que tenía una indagación en el despacho donde laboraba el asistente. El objetivo de la reunión era hacerle unas

³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio nro. 40591. (31, julio, 2013). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 4900. Expediente 47194. (14, noviembre, 2018). M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero. En: Boletín Jurisprudencial-Sala de Casación Penal. p. 3.

⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 4900. Rad. 47194. (14, noviembre, 2018). M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

exigencias económicas al sindicado a cambio de un beneficio procesal. El procesado asistió a la reunión y grabó al asistente haciéndole la exigencia económica.

En el juicio oral, la grabación no pudo ser oída, ya que los elementos desaparecieron del almacén de evidencias y la víctima no se presentó a declarar. No obstante, por parte de la fiscalía, se convocó a juicio a los testigos que conocieron el contenido de la grabación quienes narraron el hecho de la concusión. Además, se tomó la declaración de la fonoaudióloga que analizó la grabación y expuso las actividades técnicas que desarrolló para establecer la identificación de la voz del acusado. En primera instancia, el exfuncionario de la fiscalía fue absuelto; en segunda instancia, revocaron la absolución.

III. Consideraciones de la Sala

La Corte desarrolló su decisión en 5 aspectos, a saber:

(i) No se trata de un debate de prueba de referencia, porque se permitió la debida contradicción por parte de la defensa en el juicio oral. El error del impugnante es evidente, ya que no tuvo en cuenta que los testimonios, en el marco del juicio oral, fueron objeto de contradicción. Lo anterior, desestima de plano lo que tiene que ver con la prueba de referencia que, por su característica fundamental de no ser realizada en el marco del juicio oral, afecta el principio de contradicción, como puede suceder en los casos del testigo no disponible o de las declaraciones anteriores.

(ii) Se trata de manifestaciones, no declarativas, que corresponden a un elemento estructural del delito objeto de acusación. La Corte admite que el contenido de las declaraciones puede constituir el objeto de prueba cuando corresponde a elementos estructurales del delito. Por lo tanto, estas declaraciones se constituyen en un conocimiento personal directo conforme a las reglas del Art. 402 de CPP⁶; *verbi gratia*, en este caso, las personas que declararon conocieron de manera directa la grabación y se formaron un conocimiento personal. Según la Corte, estas personas escucharon e identificaron quién estaba realizando

⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

el acto de concusión y la voz de la víctima, razón suficiente para considerarlos testigos directos y no como prueba de referencia.

(iii) La fiscalía estaba habilitada para presentar otras pruebas que afirmaran la existencia y el contenido de la grabación. Es claro que nuestro sistema contempla el *principio de libertad probatoria* y, por esto, un hecho se puede demostrar de distintas formas. En este caso, la fiscalía lo hizo con la citación a terceros para que testificaran que habían escuchado la grabación y que podían acreditar el hecho delictivo.

(iv) La fiscalía presentó prueba directa de la existencia y el contenido de la grabación. Todos aquellos que, en su momento, escucharon la grabación, incluso la fonoaudióloga que la analizó, dieron fe de su existencia, razón por la cual se llevó al tribunal el conocimiento de que, en efecto, la situación típica existió.

(v) Para el caso concreto, las manifestaciones hechas en el juicio oral no tienen el carácter de prueba de referencia, por lo que resulta artificiosa la discusión en torno a la prohibición prevista en el Artículo 381 del CPP. La Corte indica que la estructura de valoración probatoria y su metodología deben estar acorde con las garantías constitucionales. Ante esto, nuestro procedimiento penal tiene unas reglas claras contempladas en la Ley 906 de 2004 para efectos de analizar las pruebas que se practican en el juicio. De esta manera, el objeto de disenso no se compadece con esta regla de tarifa legal negativa, ya que, en consideración de la Corte, este debate no es propio de las complicaciones que trae consigo la prueba de referencia.

Por lo tanto, el casacionista no tuvo en cuenta el Artículo 437 de CPP que explica que, por prueba de referencia, debe entenderse toda declaración **que fue rendida por fuera del juicio oral** y que es presentada como medio de prueba de un aspecto relevante del debate cuando no es posible su práctica en ese escenario⁷.

En ese sentido, lo que evidencia la Corte es que se debe determinar si hubo o no confrontación de la prueba para establecer si existe o no prueba de referencia. Para el caso concreto, las personas que

⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

declararon en el juicio oral fueron contrainterrogadas y ese aspecto suprimió, en esencia, lo relacionado con la prueba de referencia, atendiendo a lo normado en el Art. 437 del CPP.

Igualmente, la Corte descarta que los testigos hayan declarado por lo que otro les contó, lo que podría abrir un debate real de prueba de referencia. Por el contrario, ellos conocieron la grabación de manera directa y, teniendo en cuenta esta situación, la fiscalía los citó a declarar respecto de lo que conocieron directamente al escuchar y analizar la grabación.

IV. Toma de postura

La Ley⁸ y la jurisprudencia⁹ han definido lo que debe entenderse por prueba de referencia, cuya característica principal es que se trate de toda declaración que haya sido tomada por fuera del juicio oral como entrevistas, interrogatorios a indiciado y declaraciones juramentadas. Estas pruebas pueden ser utilizadas para mostrar uno o varios elementos del delito y el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate cuando no sea posible su práctica en el juicio.

Además, su uso ha sido bien definido en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004 al otorgarle un carácter excepcional¹⁰ y bajo la discrecionalidad del juez de conocimiento, quien podrá, en la búsqueda de la verdad material, permitir su utilización a falta del testigo o de la prueba directa del hecho.

Lo anterior, implica una vulneración del derecho de contradicción, inmediación y de defensa, al no permitir la oportunidad de contrainterrogar al testigo que declara por la falta de su comparecencia.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto, 2004), Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial. Bogotá, No. 45.657 art. 437

⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 27477. (6, marzo, 2008). M.P.: AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. y COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 44564. (5, diciembre, 2018). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

En razón a estas premisas, consideramos que, para este caso, hubo un análisis incompleto por parte de la Corte, dado que el fundamento principal en el que amparó su decisión fue el hecho de que los testimonios habían sido debatidos en el juicio oral, sin tener en cuenta un aspecto que era de mayor relevancia: el testigo principal del hecho nunca declaró. En otras palabras, la persona que fue víctima de la concusión no dio su declaración en el marco del proceso penal, lo que llevó a que se utilizaran unos testimonios que, en efecto, fueron debatidos, pero que nunca presenciaron directamente el hecho. Por lo tanto, respecto del conocimiento que estos testigos adquirieron, no se puede afirmar que lo fue de esa manera respecto de lo que un tercero vivió, sintió e incluso, sufrió, en razón a que no presenciaron el acto delictivo.

Un ejemplo sería cuando un policía judicial declara lo que otro le contó en relación con un hecho punible en el marco de un juicio oral. Valdría la pena decir que el policía, quien recibió el testimonio, se formó un criterio a través de sus sentidos y, por tanto, ¿puede ser considerado un testigo con conocimiento personal en el marco de un juicio oral?

La situación anterior, lleva a observar lo normado en el Artículo 402 de la Ley 906 de 2004 que indica lo siguiente:

Artículo 402. Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

La descripción fáctica de este caso indica que existió una grabación en la que se escuchaban las voces de unas personas que coincidían con quien fue la supuesta víctima y el victimario, pero que, en realidad, el juez nunca conoció y el tribunal tampoco escuchó. De hecho, los únicos que podían probar la existencia de la grabación fueron testigos que, en su momento, escucharon el contenido; es decir, sobre la grabación no se pudo ejercer un debido contradictorio. Entre tanto, la actividad pericial de la fonoaudióloga se fincó única y exclusivamente en la grabación que se extravió, es decir, es difícil dar validez de la grabación y del supuesto de hecho con personas que no conocieron ni presenciaron la acción delictiva.

Lo anterior, nos lleva a pensar que, si estas personas declararon sobre una grabación que hizo un tercero en la que aparentemente se escuchaba la voz del funcionario público que supuestamente hacía una

exigencia económica, podrían, en efecto, ser testigos de oídas o de referencia como se ha conocido en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia¹¹.

Ante la falta de evidencia de la existencia de la grabación y de su contenido, consideramos que pudo haberse generado un error por parte de la Corte al omitir la importancia que tiene la excepcionalidad de aplicación de una prueba de referencia. Con esto, se abre la puerta para que los testigos de oídas o de referencia, que sean escuchados en un juicio oral, puedan ser fuente directa para la construcción de una condena penal, en contravía con la prohibición legal que trae nuestro Código de Procedimiento Penal en su Artículo 438.¹²

Bibliografía

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 47194. (14, noviembre, 2018). M.P.: LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 27477. (6, marzo, 2008). M.P.: AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 33118. (14, marzo, 2011). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 33118. (14, marzo, 2011) En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 44867. (25, mayo, 2015) En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia;

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 38773 (27, febrero, 2013) En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 43173. (25, febrero, 2015). Sentencia nro. 41.390. (20, agosto, 2014), En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 40591. (31, julio, 2013). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 44867. (25, mayo, 2015). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 43173. (25, febrero, 2015). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 41.390. (20, agosto, 2014). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 38773 (27, febrero, 2013). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 44564. (5, diciembre, 2018). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

PARRA ARCHILA, María Victoria. La prueba de referencia en la Ley 906 de 2004. [En línea] En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Memorias. Bogotá D.C.: 2013. [Consultado 17 enero 2019]. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO: ENTRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y LA IGNORANCIA DELIBERADA

Javier Augusto Torres López ¹³

Se ilustrará al lector sobre el desarrollo que ha tenido el principio de confianza, sus características, limitantes y puesta en práctica, para así plantearle si resulta indispensable confiar ciegamente, o si debe ejercer alguna especie de control en la tarea confiada, y en caso de no hacerlo, qué consecuencias jurídicas podría traer ese actuar.

Sumario

I. Introducción II. ¿Qué es el principio de confianza? III. Principio de confianza y la fe pública IV. Principio de confianza como deber V. ¿Existen límites al principio de confianza? VI. Ignorancia deliberada VII. Estado de la cuestión VIII. Toma de postura IX. Conclusiones.

I. Introducción

La concepción que tenemos del vocablo “*empresa*” es el fruto de la evolución de los últimos dos siglos y ha pasado por circunstancias históricas de gran importancia como, por ejemplo, la primera revolución

¹³ Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de pregrado de la Universidad Libre de Colombia, y en proceso de grado de estudios en especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Realizó estudios de profundización en Derecho Penal, aprendizaje que conllevaría a su posterior desempeño como auxiliar judicial ad-honorem en la Sala penal del Tribunal Superior de Bogotá y en la Corte Suprema de Justicia. En la firma MPa, se desempeña como abogado de procesos penales especiales, relacionados con delitos económicos y financieros.

industrial, hasta posicionarse en un lugar privilegiado en la realidad del siglo XXI¹⁴, caracterizada por los avances tecnológicos.

Dicha evolución ha generado la posibilidad de dimensionar entes empresariales de proporciones inmensas que, adecuándose a los cambios históricos y avances tecnológicos, requieren de un talento humano proporcional al sector económico en donde se desenvuelven, así como de las necesidades que requieren atender. Es, precisamente, este escenario en donde se centrará este artículo, es decir, de la pluralidad de relaciones de carácter vertical y horizontal que se crean en el marco de una empresa, sean éstas entre personas de igual jerarquía, o entre las cuales existe una relación de subordinación, sin olvidar nunca que, a pesar de la diferencia de cargos y posiciones que puedan tenerse en la organización, su propósito, al aportar su fuerza de trabajo, es siempre el de conseguir un objetivo común para el beneficio de la empresa.

La organización empresarial constituye una estructura jerarquizada en la que la división del trabajo requiere roles de dirección y roles de ejecución. Esa división del trabajo se desarrolla en un entorno de complejidad interna que requiere, en gran medida, de una capacidad de auto organización, auto determinación y auto conducción tal que, incluso en caso de fallar, sus consecuencias podrían equipararse a aquellas que suceden en los aparatos organizados de poder¹⁵.

Ante este panorama, no resulta extraño, entonces, afirmar que las organizaciones empresariales participan mediante un rol vital en la vida social y jurídica, por cuanto su existencia determinará en cierta medida la identidad de la comunidad en donde éstas operen¹⁶.

Es en este momento en que el empresario, como poseedor del rol de director dentro de la organización, toma importancia, por cuanto, en virtud de esta facultad, podrá delegar a sus subordinados diferentes funciones para que lleven a cabo tareas necesarias para el correcto funcionamiento de la empresa; dicha situación debe ser regulada a través de los deberes de control y vigilancia que posee el jefe, quien, en caso de omitirlos, podrá verse inmerso en una condición de ignorancia deliberada, -concepto que

¹⁴ PLAZAS SALAS, Guillermo. Evolución de la Estructura Empresarial ante el Avance Tecnológico: Propuesta de un Índice de Innovación. Tesis de Máster Universitario en Investigación en Ingeniería Civil. Santander: Universidad de Cantabria, 2017. p.9.

¹⁵ BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal. 1 ed. Pamplona: Aranzadi, 2011. 48 y 49p.

¹⁶ GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Culpabilidad e Imputabilidad Empresarial en un Verdadero Derecho Penal Empresarial. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. Abril Junio, 2016. no.15, p.5-34.

desarrollaremos con posterioridad-, y que acarreará responsabilidades de múltiple naturaleza, entre ellas, de carácter penal.

Las personas jurídicas, especialmente las grandes corporaciones, representan un problema político-criminal específico de gran calado¹⁷. Esto, dado que, a diferencia de las personas naturales y las personas jurídicas de carácter estatal, las circunstancias de relevancia penal que suceden al interior de una organización de carácter privado llegan con mucha menos fuerza, por lo cual surge la necesidad de regular la criminalidad en estos espacios, los cuales, en ocasiones, devienen de la confianza de un empleador, depositada en los empleados.

Así mismo, las relaciones que se crean a partir de la práctica empresarial han sufrido cambios trascendentales, y su regulación jurídica no puede estar al margen de ello. Es así como podemos evidenciar una multiplicidad de relaciones que surgen producto del quehacer empresarial y que persiguen fines lucrativos, tales como aquellas de carácter comercial, laboral, de cooperación, etc., las cuales poseen un factor común determinante: el denominado *principio de confianza*, que nace como producto de las tareas mancomunadas que pueden surgir en las relaciones interpersonales en las dinámicas empresariales.

Este concepto resulta de gran utilidad e importancia para el ciudadano corporativo, por cuanto se desprende un abanico jurídico de posibilidades respecto al tratamiento y a la regulación de las actividades de distinta naturaleza que impliquen la creación de un riesgo. Uno de los tópicos más polémicos en los que se percibe esta figura corresponde al campo de la responsabilidad penal individual y empresarial, tema al que, en esta oportunidad, también haremos alusión.

Consideramos necesario que el empresario conozca detalladamente los riesgos que implica el confiar en sus subordinados. Por esto, resulta de vital importancia la existencia del principio de confianza en las relaciones horizontales y verticales de trabajo, aunque su aplicación, indudablemente, acarrea un conocimiento especializado, que debe ser puesto en práctica, y cuya inobservancia generaría situaciones que podrían desencadenar un peligro tanto a nivel individual, como de la empresa misma.

¹⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. ¿Programas de Cumplimiento Como Forma de Autorregulación Regulada? En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de Empresa y Compliance, Prevención y Reacciones Corporativas, 2013. p. 72.

II. ¿Qué es el principio de confianza?

El *principio de confianza* es un desarrollo teórico jurídico que se remonta a mediados del siglo XIX, propio de la teoría alemana de la imputación objetiva¹⁸. Su propósito principal es el de limitar la imputación penal que pudiera hacerse a una persona cuando ésta ha delegado o confiado en el correcto actuar de otra, y esta última, obra imprudente o dolosamente, creando así un riesgo verificable en la lesión a un bien jurídico, es decir, que el principio de confianza surge como un principio destinado, fundamentalmente, a determinar la responsabilidad de un sujeto cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas¹⁹, axioma que encuentra vigencia y es de aplicación actual en el ordenamiento jurídico colombiano.

Este principio parte de la idea de que las demás personas son responsables y debe confiarse, por tanto, en un comportamiento conforme a derecho por parte de ellas, lo cual se posibilita por la existencia de una división definida de funciones, tal como puede evidenciarse en las relaciones de carácter laboral de un empresario con sus trabajadores²⁰, deducible esto del trabajo en conjunto de todo el personal que conforma la empresa para lograr el objetivo común a través de las diferentes labores.

Lo anterior es evidenciable en aquellas organizaciones en las que impera lo que se ha denominado como principio de esferas mancomunadas; esto es, la existencia de relaciones de solidaridad entre sujetos de una misma organización, las cuales presuponen deberes especiales positivos de corrección o evitación de conductas defectuosas.

Ahora, la aplicación de dicho principio puede surgir tanto en relaciones horizontales como verticales²¹. En aquellas, no existe subordinación entre los miembros de la empresa, lo cual implica la búsqueda de un fin

¹⁸ MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Colombia: Las Instituciones del Riesgo Permitido, el Principio de Confianza y la Prohibición De Regreso en el Derecho Penal Financiero y el Lavado de Activos. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2016., p.74.

¹⁹ MARAVER GÓMEZ, Mario. El Principio de Confianza en Derecho Penal: Un estudio Sobre la Aplicación del Principio de Autorresponsabilidad en la Teoría de la Imputación Objetiva. Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho. Abril 2007 p. 96.

²⁰ *Ibíd.*, p.81.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. España: Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Barcelona: Edisofer S.L., 2013., p. 214.

común a través de roles definidos; en las verticales, de su naturaleza jerárquica, puede deducirse subordinación del delegante al delegatario, también con un propósito común.

Pues bien, en la dinámica de estas relaciones pueden identificarse ciertos rasgos característicos que distinguen este principio de otros como lo son el principio de desconfianza y el de separación de esferas, tal como lo expone Miguel Ángel Muñoz García²².

Este principio presupone un efecto limitador de la posición de garante, que se traduce en el deber de evitar un resultado lesivo que haya sido generado por conductas de terceros, a través de un deber de vigilancia y control de las tareas confiadas a los empleados. El principio de confianza presupone la existencia de unos deberes de garantía más allá de la propia esfera de organización; en otros términos, presupone una vinculación entre esferas de organización *prima facie* separadas, es decir, la existencia de ciertas relaciones previas en las que se presentan deberes especiales recíprocos de corrección de conductas defectuosas ajenas, o de evitación de los efectos lesivos generados con dichas conductas²³.

Tesis contraria a aquella que presupone una separación estricta de esferas, la cual se evidencia en la interacción de la jerarquía vertical y la división horizontal del trabajo. Pues bien, este principio no permite fundamentar la existencia de un deber especial de neutralización de riesgos o evitación de resultados que se producen en esferas de organización ajenas²⁴.

En primera medida, podemos hablar de una posición de garante respecto a la actividad que se ha delegado²⁵; esto quiere decir que el delegatario debe tener la capacidad de reaccionar ante situaciones que surjan como producto de la actividad y, así mismo, evitar que alguna situación de riesgo se consuma o logre vulnerar un bien jurídico. Ahora bien, ello no implica que, necesariamente, pueda predicarse un deber de vigilancia en dicha relación, por cuanto ello conllevaría a una mutación del principio de confianza a otra figura, como lo puede ser el principio de desconfianza.

²² MUÑOZ GARCÍA, Op. cit., p. 80.

²³ SILVA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 166.

²⁴ *Ibíd.*, p. 166.

²⁵ *Ibíd.*, p.228.

Como segundo rasgo, íntimamente relacionado con el anterior, se evidencia un desconocimiento de situaciones de riesgo que surgen con ocasión de las actividades desarrolladas²⁶. Este elemento resulta particularmente volátil, puesto que, como es lógico, la idea primigenia de dicho principio implica que cada miembro de la organización esté enfocado en la tarea específica encomendada; así lo entendió Yesid Reyes Alvarado cuando manifestó:

Cada persona en el cumplimiento de los roles que le corresponden, debe llenar las expectativas de comportamiento social que de él se derivan, lo cual equivale a decir que cada persona es responsable de las consecuencias que puedan desprenderse de su actividad defraudadora, esto es, de su conducta contraria a los principios de la convivencia social [...] Para que cada uno pueda satisfacer sus propias expectativas, es fundamental que cada uno pueda organizar sus actuaciones sobre el supuesto de que los demás se conducirán, a su vez, de acuerdo con la forma como de cada uno de ellos se espera²⁷.

No obstante, en aquellos casos en que sea posible para los pares o empleadores identificar una conducta de la cual se pueda predicar sospecha de una anomalía de carácter delictual o de otra naturaleza, o la efectiva consumación de un punible, debe desplegarse un actuar diligente destinado a la neutralización de dicho riesgo, en pro al principio de lealtad que puede predicarse del subordinado para con su delegante.

III. El principio de confianza y la buena fe

El principio de confianza como axioma básico para el desarrollo de las relaciones jurídicas no es una creación fortuita de los doctrinantes de derecho. Su estudio corresponde a una paulatina construcción que se ha suscitado en el campo doctrinal a lo largo de los años. No obstante, este ejercicio no puede quedarse meramente en el plano académico y científico, es decir, dada la esencia del derecho como una rama de las ciencias sociales, el desarrollo que de él se realice no puede quedarse en el campo etéreo, sino que su creación implica su utilización en el campo práctico, pues es allí en donde la creación de este tipo de categorías dogmáticas se comprende de una mejor manera.

²⁶ *Ibíd.*, p.229.

²⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Colombia: Imputación objetiva. Bogotá: Ed. Temis, 2005, p. 151.

Atendiendo a lo anterior, resulta indispensable la consignación de este axioma en alguna fuente formal del derecho. Para el caso colombiano, y conforme a nuestra corriente legislativa de carácter positivo, el desarrollo de la confianza, como categoría dogmática, nació del desarrollo del artículo 83 de nuestra Constitución Política; este es el *Principio de la Buena Fe*, que establece:

ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas²⁸.

El principio de la buena fe es un deber que se expresa a través de las reglas de honestidad, corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio²⁹.

Es evidente que del desarrollo de este artículo se desprende la presunción de que los actos desarrollados por los asociados, las instituciones y aquellos que surjan en las relaciones que se creen producto del contacto entre estos debe estar revestida de características como la lealtad, la honestidad, y de conformidad con las actuaciones que puedan esperarse de una persona correcta.

Esta postura ha sido respaldada por la Corte Constitucional, cuando ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello, ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí³⁰.

²⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. No. 116.

²⁹ NEME VILLAREAL, Martha Lucía. La Presunción de Buena Fe en el Sistema Jurídico Colombiano: Una Regla Cuya Aplicación Tergiversada Desnaturaliza el Principio. En: Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia, 2010, no 18. p. 65 a 94.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-527/13 (14 de agosto de 2013).

A partir de esta premisa, y comprendiendo a cabalidad su concepto, puede deducirse fácilmente que de éste surge la confianza legítima que ha de tenerse entre los asociados y de éstos con las instituciones, por cuanto su conducta siempre estará guiada por paradigmas de transparencia y rectitud.

IV. Principio de confianza como deber

Esta categoría tiende a presumir la rectitud de la conducta de una persona conforme a unos estándares normativos establecidos. Veremos ahora cómo la doctrina ha caracterizado en forma dual a esta figura, ello, por no ser solamente un derecho, sino también una exigencia.

Silva Sánchez es muy claro al respecto cuando indica que, a pesar de que aquella persona que conozca de las consecuencias lesivas de una conducta imprudente o dolosa debe hacer lo posible para evitar el resultado, no es dable, por ello, que esta persona tenga que conocer si las otras personas están haciendo su tarea en forma defectuosa, situación propia de aquellas relaciones personales regidas por el principio de confianza.

Como consecuencia de ello, una persona no está sujeta a verificar si la labor desarrollada por un subalterno fue o no acorde a la norma, ya que este proceso de verificación acarrearía un esfuerzo traducible en tiempo que muchas veces podría traer consecuencias jurídicas para aquella persona que desconfió del resultado de la tarea de los demás, como sucede en aquellos casos en que se conforman equipos de trabajo, cuyos componentes ejecutan una función distinta cada uno, pero en donde todos tienen el mismo fin común.

Un ejemplo palpable de esto puede darse en los equipos de trabajo en las fábricas de vehículos automotores. En estos casos, cada miembro del equipo de trabajo tiene asignada una tarea, como lo son la creación del diseño, el ensamblaje de las piezas, las pruebas de laboratorio, y las pruebas de circuito y carretera, las cuales definirán si el vehículo será sacado al mercado o no. Cada una de estas responsabilidades son de altísima importancia al momento de evaluar la seguridad y viabilidad de un auto, ya que si falla alguna, todo el proceso de fabricación podría echarse a perder, lo cual significaría un derroche de recursos que indudablemente afectarán negativamente al empresario. Es por esto que las compañías cuentan con profesionales de primerísima calidad, especializados en tareas específicas, y quienes, utilizando su conocimiento y experiencia, ejecutan su labor de manera perfecta, de tal manera que el ciudadano corporativo se siente seguro al delegar todas estas tareas en sus trabajadores.

En las relaciones empresariales, la obligación de confiar es evidente; se presentan situaciones en donde, por ejemplo, un alto directivo no puede ejercer actividades de contratación de suministros básicos, por cuanto su actividad profesional está dirigida hacia otro campo, el cual requiere su especial y diligente atención. Su intromisión en otro tipo de actividades podría generar un descuido en las labores propias, lo cual puede acarrear un costo mayor para la empresa. Por tanto, este tipo de actividades accesorias al de la gerencia le serán delegadas al departamento especializado para ello, ante lo cual los directivos deberán confiar.

V. ¿Existen límites al principio de confianza?

Resulta de gran utilidad la aplicación de este axioma, puesto que, a pesar de que el empresario diligente desea conocer en forma directa todos los sucesos que acontecen en su organización, esto muchas veces no resulta posible por el gran número de responsabilidades y actividades por atender por parte de quien delega. Pues es en virtud de este principio que el empresario logra, confiando en su personal, desarrollar todas aquellas actividades necesarias para cumplir con los propósitos de la empresa. De ello se desprende, inevitablemente, la extensión de la libertad de acción de la que se hace acreedor el empresario que se refleja en el actuar de la persona que realiza la tarea delegada.

Entendiendo el confiar como un acto voluntario, existen situaciones en las que, dadas las circunstancias, no resulta posible la aplicación de dicho principio, por lo cual resulta de gran importancia el conocer hasta qué grado resulta permitido confiar. La doctrina ha identificado una serie de limitantes a dicho principio³¹:

a. Solo se está permitido confiar al que se comporta en forma cuidadosa:

Es claro que el principio de confianza está cimentado en criterios que determinan el deber de cuidado que debe tener una persona, conforme al riesgo que le está dado a una actividad determinada. A pesar de ello, cuando se identifique que la confianza depositada sobre el agente ha sido vulnerada a través de la creación y materialización de un acontecer riesgoso, no se podrá

³¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1. El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas. En Derecho Penal y Criminología. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2000. No. 21, 69 (1), 37-76.

volver a depositar dicha confianza, puesto que la causa del injusto acaecido es deducible e imputable exclusivamente a él, y no a un tercero.

b. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero:

Corresponde a la excepción general del principio de confianza determinar la existencia de motivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona, conclusión a la que es posible llegar a partir de precedentes de los que sea posible deducir que las actividades desarrolladas por ese tercero son contrarias a los paradigmas sociales.

Ahora bien, estos motivos no pueden ser infundados o de talante débil; por el contrario, se obliga que la no aplicación del principio de confianza esté precedida de actuaciones objetivas, sólidas y concluyentes, no bastando una intuición o un presagio.

c. El principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables:

El principio de confianza debe mantenerse incólume en la expectativa jurídica de que es un delegatario quien deberá respetar las normas de conducta, ya que, si se trata de un tercero, la relación de confianza no será la misma, pues con las personas ajenas a la delegación realizada, opera otro tipo de principio, como el de la buena fe contractual, por ejemplo. No es posible, entonces, mantener esta condición, por cuanto se amplía en forma exagerada el espectro del riesgo permitido, pues las reglas generales de cuidado y desarrollo sobre la actividad se verán menguadas, toda vez que es el conocimiento de la tarea el que delimita los deberes de cuidado y el nivel de confianza permitido.

d. El principio de confianza se puede ver limitado por la existencia de especiales deberes de cuidado respecto de conductas antijurídicas o de deberes de confianza:

Como se ha visto, el principio de confianza tiene una estrecha relación con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad, razón por la que no es una única persona la que toma las determinaciones y, en razón a ello, la responsabilidad se extiende hasta afectar al comportamiento de terceras personas. Dicha limitante hace referencia a aquellos casos en que se delegan funciones de garante, las cuales implican un deber de vigilancia más allá del estándar exigible a una persona en condiciones normales, cuyo desconocimiento generará el inmediato posicionamiento del garante en ignorancia deliberada, respecto de conductas antinormativas que estén cometiendo sus delegados.

Esto se evidencia, por ejemplo, en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza.

VI. Ignorancia deliberada

Como es natural, surgen de la labor del empresario delegante unos deberes ya no de control directo, sino de correcta selección, formación, información y dotación del delegado, pero sobre todo de vigilancia con sus subordinados, actividad que se hace indispensable en cuanto a la aplicación del principio de confianza, por cuanto el desarrollo de la actividad delegada puede acarrear riesgos que eventualmente puedan vulnerar derechos de terceros.

En este sentido, corresponde al empleador neutralizar todos aquellos elementos que surjan con ocasión de los sesgos cognitivos y carencias de sus empleados³², control que, de incumplirse, puede acarrear responsabilidad.

En efecto, cabe la posibilidad de que este incumplimiento se dé por la imprudencia del administrador, es decir, por el descuido involuntario de este ante una situación, pero paralelamente a esta hipótesis nace la posibilidad de que la desatención a una situación de riesgo sea dolosa, voluntaria. De aquí nace una pregunta: ¿qué consecuencias implica la desatención voluntaria de este tipo de situaciones anómalas?

Pues bien, la doctrina ha indicado que con dicho actuar se llega a un estado de *ignorancia deliberada*. Esta categoría conceptual hace referencia al propósito consciente de ignorar o desconocer un hecho, o la alta probabilidad de ocurrencia del mismo que arriesgará un bien jurídico de tutela, con el fin de no involucrarse en las situaciones que la afectación o lesión pueda generar; es decir, quien, pudiendo y debiendo conocer la naturaleza de un acto, se mantiene en una situación de no querer saber.

Este concepto puede ser más claro para el lector si se expone a modo de ejemplo; consideremos a una empresa que fabrica colchones. En dicha organización, el gerente de producción, encargado de vigilar y

³² SILVA SÁNCHEZ. Op. cit., p.46.

velar por la calidad del producto, delega su función de verificar los materiales de relleno de los colchones a uno de sus más grandes y eficientes colaboradores. El gerente, al verificar la magnífica labor realizada por su empleado, y dada la complejidad y desgaste que esta tarea genera, deja de vigilar por completo la gestión encomendada, situación que aprovecha el empleado para introducir narcóticos en los colchones.

Evidénciese que del deseo del gerente por permanecer ajeno a la labor, se desprende una obligación de conocer todo aquello que rodea la labor delegada; por tanto, en ocurrencia de ilícitos, a pesar de su desconocimiento, resulta responsable por haberse sustraído de la vigilancia correspondiente sobre su funcionario.

En Colombia, país que ha implementado una tradición jurídica afín al derecho continental europeo, este concepto no es de poca monta, y jurisprudencialmente ha llegado a equipararse a la ignorancia deliberada con el concepto de dolo eventual, asignándole así, un contenido volitivo al desconocer voluntariamente un hecho.

Este desarrollo implica que, cuando el sujeto ha obrado pese a contar con la representación de un nivel importante de riesgo, es decir, cuando la acción ha perseguido única y exclusivamente el resultado de ignorar algo que ameritaba atención y diligencia, el ejecutor de la acción merecerá el mismo tratamiento que quien tiene plena certeza sobre la existencia de la situación, traduciéndose esto en que la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de responsabilidad³³.

VII. Estado de la cuestión

La Corte Suprema de Justicia ha hecho uso de la figura del principio de confianza como criterio para analizar y resolver algunos problemas jurídicos que se le han puesto de presente. Tal es el caso de la decisión de casación No. 24.696, del 7 de diciembre del 2005³⁴, la cual indicó:

³³ *Ibíd.*, p. 7.

³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24.696 (7 de diciembre del 2005).

En ese margen, los criterios de imputación objetiva parten de dos supuestos básicos: el de riesgo permitido y el principio de confianza, que determinan el estado de interacción normal de las relaciones sociales y de los riesgos que en ellas se generan. De manera que, sólo cuando la víctima asume conjuntamente con otro una actividad generadora de riesgos (lo cual acá no ocurre), puede eventualmente imputársele el resultado a la víctima, siempre que esta tenga conocimiento del riesgo que asume. En consecuencia, si es el autor quien recorre la conducta descrita en el tipo penal (quien crea el riesgo), el resultado debe serle imputado a aquel y no a la víctima, pues ésta obra dentro del principio de confianza que le enseña que en el tráfico de las relaciones sociales el vendedor realizará el comportamiento en el ámbito de competencia que le impone la organización.

Si se quisiera ir más allá, podría también decirse que “actualmente el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Adicionalmente, se encuentra el pronunciamiento del 8 de noviembre del 2007, en donde la Sala falló respecto de otro caso atinente a la responsabilidad penal de unos médicos especialistas, y definió, en el caso específico, que «tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”»³⁵ (Subrayado fuera de texto).

VIII. Toma de postura

³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 27.388 (8 de noviembre del 2007).

Considero que el empresario está ante dos escenarios relacionados con el principio de confianza que acarrear consecuencias totalmente distintas. La primera, llamémosla confianza ciega, en donde en virtud del derecho y el deber del empresario de confiar en sus subordinados delega funciones a estos, incluidas aquellas en las que el primero ostenta una posición de garante; y un segundo escenario en donde esta confianza debe ser medida, en ciertos casos, rozando con el límite del principio de desconfianza.

Indudablemente, el hecho de desprenderse de ciertas funciones para asignarlas a otras personas presupone la existencia de una confianza sobre el delegado, atada a la adecuada selección de éste para cumplir con la tarea encomendada. Pero, al respecto, surgen dos incógnitas: la primera, si todas las funciones son delegables, y la segunda, consonante a ésta, si es necesario vigilar y controlar la totalidad de las actividades delegadas.

Respecto al primer tópico, y teniendo en cuenta lo anterior, no todas las funciones pueden ser delegadas. Se llega a esta conclusión porque, en primera medida, para la asignación de una actividad, cualquiera que fuere su importancia, resulta vital considerar las calidades del funcionario que va a desarrollarla; en consecuencia, podría deducirse que mientras más relevante sea una tarea, así mismo deberá ser la calidad del sujeto que vaya a desempeñarla. Esto quiere decir que existe una relación íntima entre la función y el funcionario, la cual puede definir muchas veces el rol que desempeña este último en una corporación.

Pero en caso de que se deleguen esas funciones, que definen esos roles, podría llegarse a desnaturalizar dicha posición, al punto de llegar a considerarla innecesaria, por cuanto su función principal puede cumplirla otra persona, sin importar las condiciones intelectuales o de experiencia que esta tenga. Es ahí en donde debe hacerse una pausa, y reflexionar respecto a la delegación incontrolada de funciones.

Respecto del segundo tópico planteado, y en consonancia con el anterior, partiendo de la base de que hay funciones que no deben ser delegadas, existen otras que pueden serlo, pero a las que el delegatario debe prestar mucha atención, por cuanto a pesar de que no exista una posición de garante al respecto, el buen desarrollo de estas tareas definirá en gran parte el exitoso desenlace y consumación de la tarea común.

Es decir que, a pesar de que esta delegación presupone un ejercicio humano, no puede ser tajante ni total, por cuanto la responsabilidad del resultado recaerá en la cabeza visible de la compañía, si este ha inobservado los deberes propios de la confianza depositada.

De allí que sea de especial relevancia brindar acompañamiento a los delegados para que, en el desarrollo de la labor encomendada, no cometan actos que atenten contra el ordenamiento jurídico, y así generar un beneficio para cada célula que conforma la empresa.

La inobservancia por parte del delegatario de las reglas, condiciones y limitantes que se desprenden del principio de confianza puede llevar al empresario delegante a que se le endilgue una eventual responsabilidad, cayendo así en un estado de ignorancia deliberada que nuestro ordenamiento castiga como una conducta dolosa, en el entendido de que, como cabeza de la actividad delegada, es su deber el conocer íntegramente los riesgos que conlleva la realización de la actividad encomendada y las calidades del delegatario, para así determinar si resulta plausible o no, confiar a otros funcionarios ciertas tareas.

De todo lo expuesto, podemos deducir la responsabilidad del empleador al confiar en una persona no digna de confianza, o cuando vulnera otro de los limitantes al principio de confianza, pero no puede olvidarse de aquellas situaciones en que, producto de la confianza, el delegante se exagera o se extralimita en los deberes de vigilancia del empleador.

Lo anterior para indicar que el hecho de que se vigile la actividad de un subordinado no quiere decir que a través de este acto pueda pensarse estar a salvo de un censo penal; es decir, de la vigilancia mal aplicada puede predecirse responsabilidad penal del empresario.

Resulta verdaderamente fácil que el principio de confianza se derive en actuaciones propias del principio de desconfianza; esto, dependiendo de la correcta o no ejecución de los deberes que amerita el confiar en un subordinado.

Por supuesto, es completamente posible que se incurra en excesos propios del deber de vigilancia que corresponde al delegante, cambiando la naturaleza de esta figura, ya que en el desarrollo excesivo de este deber, adquiero un conocimiento superior de las actividades desarrolladas por mis subordinados, haciéndome responsable directo de los actos imprudentes o dolosos que estos pudiesen cometer, y así, otorgándoseme como empresario la obligación perenne de atender todas aquellas situaciones de las que pueda predecirse un daño.

Es decir, que no puede afirmarse que, necesariamente, el confiar y ejercer deberes de vigilancia me relega de responsabilidad penal, puesto que, en virtud del principio y como producto de las exigencias que se me

hacen, también pueden ser sujeto de una sanción penal, lo cual, desde mi punto de vista, hacen de esta herramienta un tanto insegura, y un arma de doble filo.

Por tanto, si el propósito de esta figura es el de limitar el panorama de imputación de responsabilidad, indudablemente, deben incluirse todas aquellas situaciones que permitan transformar el principio de confianza al principio de desconfianza dentro de los limitantes de la primera figura, so pena de que su desconocimiento desencadene en la responsabilidad del diligente pero excesivo vigilante.

IX. Conclusión

Como se expuso, este tema resulta de gran importancia para el empresario colombiano, puesto que el gran número de actividades que naturalmente comprenden su agenda, generarán que, tarde o temprano, deba delegar, y en virtud del principio de confianza, permitir que otras personas realicen las actividades que él nunca antes había confiado, no sin antes ser consciente de que la actividad de delegación no es fruto solamente de una relación de poder ilimitado para con sus subordinados, sino que tiene unas implicaciones serias y reales que, de ser infringidas, pueden conllevar a la imposición de una sentencia de carácter penal.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal. 1 ed. Pamplona: Aranzadi, 2011.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. No. 116.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-527/13 (14 de agosto de 2013).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24.696 (7 de diciembre del 2005).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 27.388 (8 de noviembre del 2007).

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1. El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas. En Derecho Penal y Criminología. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2000. 21, 69 (1), 37-76.

GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Culpabilidad e Imputabilidad Empresarial en un Verdadero Derecho Penal Empresarial. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. Abril Junio, 2016. no.15.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. El Principio de Confianza en Derecho Penal: Un estudio Sobre la Aplicación del Principio de Autorresponsabilidad en la Teoría de la Imputación Objetiva. Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho. Abril 2007.

MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Colombia: Las Instituciones del Riesgo Permitido, el Principio de Confianza y la Prohibición De Regreso en el Derecho Penal Financiero y el Lavado de Activos. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2016.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía. La Presunción de Buena Fe en el Sistema Jurídico Colombiano: Una Regla Cuya Aplicación Tergiversada Desnaturaliza el Principio. En: Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia, 2010, no 18.

PLAZAS SALAS, Guillermo. Evolución de la Estructura Empresarial ante el Avance Tecnológico: Propuesta de un Índice de Innovación. Tesis de Máster Universitario en Investigación en Ingeniería Civil. Santander: Universidad de Cantabria, 2017.

RAGUÉS I VALLES, Ramón. Mejor No Saber: Sobre la Doctrina de la Ignorancia Deliberada en Derecho Penal [en línea]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. p. 11-38. [Consultado 20, agosto, 2018] Disponible en internet: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczp603>.

REYES ALVARADO, Yesid. Colombia: Imputación objetiva. Bogotá: Temis, 2005

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. . Buenos Aires: Ed. Edisofer S.L., 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de Empresa y Compliance, Prevención y Reacciones Corporativas. Barcelona: Edisofer S.L., 2013.

EL LAVADO DE ACTIVOS EN LA ÉPOCA DE LAS CRIPTOMONEDAS

Juan David Gutiérrez Palacio ³⁶

De la mano del crecimiento tecnológico y del incontenible uso de dinero digital en la actualidad, surgen las criptomonedas, divisas virtuales que, en el país, no están reguladas. Esta columna pretende brindar una propuesta ante la necesidad de su reglamentación para evitar que estas divisas sigan siendo un medio idóneo para el delito de lavado de activos.

Sumario:

I. Introducción II. Criptomonedas y el lavado de activos III. Propuesta de solución

I. Introducción

Nos encontramos ante una nueva realidad; ante un cambio inevitable que se está gestando en la actualidad; ante el crecimiento tecnológico y el impacto ejercido por la globalización³⁷ en el mercado. Las dinámicas y necesidades cambian y las criptomonedas se vuelven, cada vez, más llamativas. Este tipo de divisas son monedas virtuales con un código criptográfico, que funcionan como cualquier divisa tradicional para intercambio y operaciones económicas, pero que se encuentran fuera del control que ejercen los

³⁶ Estudiante de la facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, miembro del semillero *Ultima ratio* de Derecho Penal y secretario (e) del Capítulo Caldas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Participó en la elaboración de ponencia para intervención en audiencia pública en la comisión primera de la Cámara de Representantes por parte del Capítulo Caldas del ICDP en el Proyecto de Ley 138 de 2018/Reforma del Código de Procedimiento Penal. Asistió al XXXIX Congreso de Derecho Procesal organizado por el ICDP.

³⁷ PIZANO, Diego. Crecimiento y globalización [en línea]. En: El Tiempo. Bogotá. 15, marzo, 2004. [Consultado: 2 de diciembre del 2018]. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1518497>.

gobiernos y las instituciones financieras. Esto genera un innegable atractivo para organizaciones delictivas, las cuales han utilizado estas divisas para cometer hechos ilícitos.

El fin último de esta columna es advertir de esta situación — esto es, de la utilización de las criptomonedas en el lavado de activos, delito tipificado en el Artículo 323 del actual Código Penal colombiano³⁸ — y proponer una medida de control de riesgo ante este mecanismo con el fin de brindar a estas divisas un dote de credibilidad dentro del sistema financiero.

II. Criptomonedas y el lavado de activos

El prefijo *cripto-* significa “escondido” y hace referencia al uso de algoritmos tipográficos que impiden que las acciones sean revertidas una vez son realizadas. Además, este tipo de procesos permiten el encubrimiento del origen del dinero, de manera que brindan anonimato y confidencialidad de las comunicaciones³⁹. Por su parte, la palabra *moneda* implica el atributo de un valor comercial en el mercado y la particularidad de ser emitida por una autoridad central.

Según el Fondo Monetario Internacional, la moneda comprende, no sólo el dinero efectivo, sino también todas las formas de pago emitidas por instituciones financieras en un territorio⁴⁰. En este sentido, las criptomonedas son divisas operadas por agentes privados que permiten la transferencia de activos digitales sin una regulación concreta⁴¹ y sin registro de cuentas de proveniencia y recepción de transacciones⁴².

³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Diario oficial. Julio, 2000. No. 44097. [Consultado: 5 de diciembre del, 2018]. Disponible en:

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=6388>. Artículo 323. Lavado de activos.

³⁹ FERNÁNDEZ, Daniel y MARTÍNEZ, Gorgonio. Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia. Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 206.

⁴⁰ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Manual de balanza de pagos y posición de inversión internacional. 6ª ed. Washington D.C.: Fondo Monetario Internacional, 2009. p. 46.

⁴¹ ARANGO, Carlos et al. Criptoactivos. Banco de la República. Documentos Técnicos o de Trabajo. 2018. p.1.

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599, Op. Cit., artículo 323. Lavado de activos.

Es necesario precisar que, en Colombia, tal como lo establece la Ley 31 de 1992⁴³ y el Código de Comercio⁴⁴, la única moneda reconocida es el peso — con un valor establecido conforme a las denominaciones expuestas por el Banco de la República — “el cual se constituye en el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado”⁴⁵. Recientemente, esta entidad bancaria estableció que las criptomonedas no cuentan con equivalencias en la moneda local al no contar con un respaldo bancario; por lo tanto, no pueden ser utilizadas como forma de pago⁴⁶. En este orden de ideas, las criptomonedas son medios digitales de intercambio cuyo valor se fija de conformidad con monedas tradicionales y son utilizados como forma de pago de diferentes productos y servicios, tanto lícitos, como ilícitos⁴⁷.

En la actualidad, existen diferentes monedas de este tipo, v.g., Bitcoin, Ethereum, Litecoin, Tether o Blockchain, las cuales se diferencian por el manejo, la operación y el tratamiento de datos relacionados con transacciones, y el registro y validación de cuentas que proporciona cada plataforma. Por ejemplo, el Bitcoin⁴⁸ cuenta con algunos protocolos de registro y transacción que permiten establecer e identificar a las personas que manejen este tipo de divisas y algunos tipos de transacciones. Las monedas como Ethereum, Litecoin o Tether no cuentan con regulación alguna; ni siquiera los supervisores de las compañías tienen conocimiento e información de las transacciones que se generan en la plataforma. De aquí, nace la preocupación y advertencia, tanto del Gobierno, como de las empresas, las cuales pueden llegar a sufrir, posteriormente, consecuencias legales al ser investigadas.

⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 31. (29, diciembre, 1992) Diario Oficial No. 40.707, de 4 de enero de 1993. Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones. Artículo 8.

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Junio, 1971. No. 33339. Artículo 874.

⁴⁵ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 46.

⁴⁶ BANCO DE LA REPÚBLICA. Comunicado de prensa del 1 de abril de 2014 [en línea]. [Consultado: 2 de diciembre de 2018]. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/node/35504>. “El bitcoin tampoco es un activo que pueda ser considerado una divisa debido a que no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países. En consecuencia, no puede utilizarse para el pago de las operaciones de qué trata el Régimen Cambiario expedido por la Junta Directiva del Banco de la República”.

⁴⁷ FALIERO. Johanna. Criptomonedas: La nueva frontera regulatoria del derecho informático. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc., 2017. pp. 26-27.

⁴⁸ ANTROPOULOS, Andreas. Mastering Bitcoin. Unlocking Digital Cryptocurrencies. Sebastopol: O’ Reilly, 2015. p.61 “Bitcoin es un monedero electrónico compuesto por cadena de firmas digitales, en líneas resumidas en un sistema de pago electrónico basado en la prueba criptográfica. Las técnicas criptográficas se utilizan en él para proveerle seguridad a las transacciones y mantener el libro de contabilidad distribuido”.

El lavado de activos es un delito que tiene como fin encubrir el origen, la disposición y la naturaleza de diferentes productos provenientes de dinero ilícito e introducirlos al mercado legal⁴⁹. Esto ocasiona un impacto económico perverso, ya que, al ser introducidos estos activos al tránsito legal, se alteran cuentas del sistema financiero, se vulnera la libre competencia e, inclusive, se puede ocasionar una variación del valor de la moneda legal⁵⁰. Ahora bien, por las características de las criptomonedas — como el anonimato, su medio instantáneo y global, velocidad, bajo costo y dificultad de seguimiento transaccional — se convierten en un enorme atractivo para las organizaciones delictivas⁵¹.

De las particularidades mencionadas, el anonimato es la problemática más alarmante en el uso de estas divisas, pues brinda, a este tipo de organizaciones delictivas, una oportunidad para encubrir su dinero sin dejar rastro alguno, ni del monto de la transacción, ni de las cuentas de las que proviene el dinero. Tal como lo establece Posada Maya, “[l]a cibercriminalidad (y su impunidad) se basa en actuaciones, incidentes o ataques amparados por el relativo anonimato que les provee la red a las personas”⁵².

III. Propuesta de solución

En este contexto, se puede afirmar que la regulación va a tardar, porque la tecnología avanza más rápido que la ley. Sin embargo, resulta necesaria, pues, en el conflicto entre la privacidad y el registro e identificación de transacciones, deben primar los programas de prevención del lavado de activos. Lo anterior debe partir del entendimiento de la complejidad del problema, pues, al ser un ciberdelito⁵³, existen diferentes medidas criminales para retrasar o evadir la responsabilidad (como crear un rastro documental falso para evitar su detección)⁵⁴. Es tanta la preocupación sobre el particular, que la Superintendencia Financiera de Colombia se ha ocupado, expresamente, de la cuestión a través de una advertencia al

⁴⁹ OLIVÉ, Ferré. Nuevas tendencias. Citado por: GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de lavado de activos. Madrid: Editorial B de F., 2015. p.19.

⁵⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de lavado de activos. Madrid: Editorial B de F. 2015. pp. 21-23.

⁵¹ FERNÁNDEZ, Daniel y MARTÍNEZ, Gorgonio. Op. cit., p. 206. “Las monedas virtuales han resultado ser una herramienta ideal para el blanqueo de capitales por su disponibilidad global, la facilidad de acceso, el bajo coste, la velocidad de las transacciones internacionales y la potencial ocultación de la verdadera identidad de sus propietarios”.

⁵² POSADA MAYA, Ricardo. Los Ciberdelitos: Un nuevo paradigma de criminalidad. Editorial Ibáñez, 2017. p. 57.

⁵³ POSADA. *Ibid.*, pp. 18 y 23. Los ciberdelitos son aquellos en los que se transgreden diferentes niveles de seguridad de forma engañosa, clandestina o arbitraria, mediante la desactivación de las medidas electrónicas existentes de las plataformas. Por su parte, los delitos informáticos son conductas punibles tradicionales que se ejecutan a través de redes informáticas.

⁵⁴ CAPARRÓS, Fabián. El delito de blanqueo de capitales. Valencia: Editorial Tirant, 1998. p. 142.

público en general en cuanto a que, al no estar regulado este medio virtual por el Estado colombiano, se estaría comprometiendo, a propio riesgo⁵⁵, el capital de quien decida invertir en este tipo de criptomonedas⁵⁶. Sin embargo, es importante destacar que no todas las criptomonedas carecen de regulación; en efecto, monedas como Blockchain⁵⁷ prueban que este tipo de divisas pueden adherirse a la economía tradicional y convertirse en un verdadero sistema financiero.

La propuesta de regulación que se plantea no es descabellada y ha sido explorada por otros países. Por ejemplo, frente a las respuestas para la regulación, Corea del Sur — como reacción al problema en cuestión — estableció un sistema que tiene como objetivo poner punto final a las cuentas anónimas. Este sistema dispone de medidas como la asociación de cuentas bancarias a las de las criptomonedas y el deber de las plataformas de brindar información a las entidades bancarias de las operaciones realizadas, lo cual deja deshabilitadas las cuentas que no satisfacen estos requisitos⁵⁸.

En 2018, México aprobó la Ley FinTech para regular las instituciones de tecnología financiera; con ella, se garantiza la identificación de las personas y se les impone el deber a las empresas de rendir cuentas acerca de las operaciones efectuadas. Las consecuencias jurídicas de incumplir estos requerimientos son sanciones de elevadas sumas de dinero con respecto al valor defraudado⁵⁹.

⁵⁵ En otras palabras, la persona que decida utilizar este tipo de divisas estaría actuando a propio riesgo. Esto es en el entendido de que tiene conocimiento de la existencia de un peligro potencial; sin embargo, de manera consciente, no adopta las medidas de cuidado necesarias para proteger sus bienes jurídicos. Por esta razón, si llegase a existir un delito, la conducta podría, incluso, tenerse como atípica. Ver: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SP1291-2018 Rad 49680. (25, abril, 2018). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁵⁶ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto 2017008234001 del 23 de febrero de 2017. Monedas virtuales, Bitcoin, riesgos en su utilización. [en línea]. [Consultado: 2 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10088542/reAncha/1/c/00>

⁵⁷ POSADA MAYA. Op. cit., p. 59. "Blockchain: Una cadena de bloques que genera transacciones financieras ágiles y garantiza la seguridad mediante algoritmos criptográficos, pero que, a diferencia de las criptomonedas mencionadas anteriormente, permite rastrear los intercambios y la identidad de los actores en la red".

⁵⁸ EFE. Corea del Sur comienza a regular criptomonedas [en línea]. En: Portafolio. Bogotá. 30, enero, 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.portafolio.co/internacional/comienza-regulacion-de-criptomonedas-513742>. El impacto económico que arrojó esta medida fue la caída del Bitcoin de 3% con respecto al dólar, pues la reacción bancaria fue asociarse sólo con plataformas de intercambio locales reconocidas y no con pequeñas casas de cambio previendo problemas reputacionales.

⁵⁹ MÉXICO. CONGRESO DE LA UNIÓN. Ley DOF 09-03-2018. (9, marzo, 2018) Ley para regular las instituciones de tecnología financiera. Diario oficial de la Federación. Marzo, 2018. No. 776.

En el caso de Ecuador, la Asamblea Nacional prohibió el uso de Bitcoin y criptomonedas y aprobó la creación de una moneda digital estatal dependiente del Banco Central⁶⁰. En Colombia, se han tratado de regular las criptomonedas mediante el Proyecto de Ley 028 de 2018. Sin embargo, algunas organizaciones de la sociedad civil han expresado sus críticas⁶¹, pues, a su parecer, distan del *deber ser* de su reglamentación. Ello, por cuanto lo que se pretende no es combatir sus características negativas, sino asignarles costos transaccionales a las operaciones realizadas, lo cual, en nuestra opinión, estaría en contra de la filosofía misma de las criptomonedas, que es agilizar operaciones mercantiles de forma segura a mercados sin intermediarios⁶².

En conclusión, la regulación es una medida que debe realizarse, pues resulta indispensable que el tráfico de estas divisas se convierta en un sistema regulado para asignarle credibilidad, crecimiento económico y seguridad, tanto a las personas, como a las empresas, para que utilicen este método de pago. Se debe instar al Banco de la República a hacerlo o, de lo contrario, se debería crear una institución independiente en donde se asocien las cuentas de estas monedas virtuales, que identifique a los usuarios y contenga su respectivo historial de transacciones.

Sería irrisorio no asignarles impuesto alguno a las transacciones; por lo tanto, deben contar con un gravamen específico. Con base en las sanciones, se deben establecer condenas económicas a entidades que no cumplan con los requisitos que se determinen y, de igual forma, establecer consecuencias punitivas a personas que eludan las medidas obligatorias del uso de criptomonedas.

Por último, es preciso aclarar que, aunque sean reguladas, estas divisas continuarían conservando diferencias con el peso digital en el entendido de que su valor seguiría siendo cambiante, y dependiente de la oferta y la demanda. Aunque no cuenten con anonimato y se les asigne un tributo, algunas

⁶⁰ FALIERO. Op. Cit., p. 95.

⁶¹ DINERO. Polémica por proyecto de ley que regularía las criptomonedas [en línea]. En: Dinero. Bogotá. 24, septiembre, 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.dinero.com/pais/articulo/criticas-al-proyecto-de-ley-para-criptomonedas-en-colombia/262388>. Instituciones como la Federación Colombiana de Software (Fedesoft), la asociación Fintech y la Fundación BlockChain Colombia aseguran que el fin último del proyecto de Ley no es otro que percibir impuestos a las transacciones y limitar el acceso de las personas a las criptomonedas y no como su deber ser lo indica, que es arremeter contra sus características que lo hacen un mecanismo ideal para cometer delitos.

⁶² DINERO. ¿Se atreven las empresas a invertir en criptomonedas? [en línea]. Bogotá. En: Dinero. 3, mayo, 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.dinero.com/internacional/articulo/inversion-de-las-empresas-en-criptomonedas/258066>

características especiales — como la decodificación criptográfica⁶³ — les proporciona velocidad, protección y seguridad extra a las transacciones, así como también transparencia en registros al no poder ser modificadas ni revertidas las respectivas operaciones realizadas.

Bibliografía

ANTROPOULOS, Andreas. Mastering Bitcoin. Unlocking Digital Cryptocurrencies. Sebastopol: O’ Reilly, 2015. 298 p.

ARANGO, Carlos et al. Criptoactivos. Banco de la República. Documentos Técnicos o de Trabajo. 2018. 47 p.

CAPARRÓS, Fabián. El delito de blanqueo de capitales. Valencia: Editorial Tirant, 1998. 521 p.

BANCO DE LA REPÚBLICA. Comunicado de prensa del 1 de abril de 2014 [en línea]. [Consultado: 2 de diciembre de 2018]. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/node/35504>.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Junio, 1971. No. 33339.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 31 (29, diciembre, 1992). Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones.

⁶³PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Lineamientos de controles criptográficos [en línea]. Bogotá, 2017. 5p. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/dapre/DocumentosSIGEPRE/L-TI-21-Controles-Criptograficos.pdf>. Por decodificación criptográfica entenderse como un procedimiento que utiliza algoritmos cifrados y así transforma mensajes con el fin de ser incomprensible a todas las personas, salvo a quien posea la clave secreta del algoritmo. En caso de olvidar la clave, la información cifrada no es recuperable.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal [en línea]. Diario oficial. Julio, 2000. No. 44097. [Consultado: 5 diciembre 2018]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=6388>.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SP1291-2018 Rad 49680. (25, abril, 2018). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

DINERO. Polémica por proyecto de ley que regularía las criptomonedas [en línea]. Bogotá, septiembre 24 de 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.dinero.com/pais/articulo/criticas-al-proyecto-de-ley-para-criptomonedas-en-colombia/262388>.

EFE. Corea del Sur comienza a regular criptomonedas [en línea]. En: Portafolio. Bogotá. 30, enero, 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.portafolio.co/internacional/comienzo-regulacion-de-criptomonedas-513742>.

FALIERO. Johanna. Criptomonedas: La nueva frontera regulatoria del derecho informático. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc., 2017. 160 p.

FERNÁNDEZ, Daniel y MARTÍNEZ, Gorgonio. Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia. Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2018. 236 p.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Manual de balanza de pagos y posición de inversión internacional. 6ª ed. Washington D.C.: Fondo Monetario Internacional, 2009. 376 p

GARCÍA, Percy. El delito de lavado de activos. Madrid: Editorial B de F., 2015. 330 p.

DINERO. ¿Se atreven las empresas a invertir en criptomonedas? [en línea]. Bogotá. En: Dinero. 3, mayo, 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.dinero.com/internacional/articulo/inversion-de-las-empresas-en-criptomonedas/258066>

DINERO. Polémica por proyecto de ley que regularía las criptomonedas [en línea]. En: Dinero. Bogotá. 24, septiembre, 2018. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en: <https://www.dinero.com/pais/articulo/criticas-al-proyecto-de-ley-para-criptomonedas-en-colombia/262388>

MÉXICO. CONGRESO DE LA UNIÓN. Ley DOF 09-03-2018. (9, marzo, 2018) Ley para regular las instituciones de tecnología financiera. Diario oficial de la Federación. Marzo, 2018. No. 776.

PIZANO, Diego. Crecimiento y globalización [en línea]. En: El Tiempo. Bogotá. 15, marzo, 2004. [Consultado: 2 de diciembre del 2018]. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1518497>.

POSADA MAYA, Ricardo. Aproximación a la criminalidad informática en Colombia. En: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Julio-diciembre, 2006, vol. 1, nro. 2, pp. 11-60.

POSADA MAYA, Ricardo. Los Cibercrímenes: Un nuevo paradigma de criminalidad. Bogotá: Editorial Ibañez, 2017. 482 p.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Lineamientos de controles criptográficos [en línea]. Bogotá, 2017. 5p. [Consultado: 2, diciembre, 2018]. Disponible en:
<http://es.presidencia.gov.co/dapre/DocumentosSIGEPRE/L-TI-21-Controles-Criptograficos.pdf>

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto 2017008234001 del 23 de febrero de 2017. Monedas virtuales, Bitcoin, riesgos en su utilización. [en línea]. [Consultado: 2 de diciembre de 2018]. Disponible en
<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10088542/reAncha/1/c/00>