

Efectivo

lavado,

ergo:

DERECHO

VS.

ECONOMÍA

Daniel Fernando Jiménez

I. Propósitos

Esbozaré aquí lo que he denominado *la teoría del efectivo* dentro de la problemática del lavado de activos de origen ilícito.

Ya escribí sobre el tema antes¹. No obstante, la expedición y entrada en vigencia de un nuevo código penal que trae algunas variaciones en el correspondiente tipo; la masiva penetración de efectivo procedente del exterior por canales extrabancarios, como se verá; y por sobre todo la imperiosa necesidad de abordar la problemática bajo una óptica no exclusivamente penal, obligan a hacer algunas reflexiones igualmente nuevas.

La primera parte del análisis –perteneciente al ámbito del derecho económico ya que integra normas de derecho penal financiero con otras propiamente financieras– se hace bajo los parámetros de una visión crítica constructiva en lo que hace a lo normativo, con el ánimo de que el tipo penal se lea como un algo garantista por supuesto, pero también útil.

Resuelto lo anterior. Esto es, dejar planteada una norma operante al servicio de la justicia (si es posible), se da un paso adelante: Se pregunta si el derecho penal frente al caso concreto examinado resuelve los problemas que se le han planteado, o si ha fracasado, dentro de lo que en la revista *Con-texto* se denomina análisis económico del derecho.

La extensión y densidad de ambos estudios imponen la necesidad de que el lector asuma su evaluación en dos sesiones. En el próximo número de *Con-texto* usted podrá encontrar las respuestas a las preguntas que respecto del segundo asunto en éste apenas se formulan.

Las ideas aquí expresadas son de carácter estrictamente personal² y no pueden ser atribuidas, ni comprometen el criterio de entidad alguna.

II. El antecedente gremial y las normas financieras

De acuerdo con lo señalado en el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas complementarias, cuando Usted realiza una transacción en la

1. "El delito de omisión de control", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/abril, 1997, p. 37.

2. Los amables comentarios, críticas o aportes de los lectores pueden ser dirigidos a [danielfdot@tutopia.com] ó bien al apartado aéreo 21912 de Bogotá.

ventanilla de un banco con diez millones de pesos (\$10.000.000.00) en efectivo o más, o diez mil dólares (US\$10.000.00) en efectivo o más, o su equivalente en otras monedas, según la tasa de cambio del día en que se realice la operación, el cajero tiene la obligación de diligenciar un formulario que contiene datos acerca de la transacción y de su identidad.

Para este propósito Usted debe identificarse, suministrar su dirección y firmar³ el formulario, como también expresar el nombre y dirección de la persona en nombre de quien se realiza la transacción (si es del caso) y el del beneficiario y destinatario de la misma. Otros datos como el número de la cuenta y el tipo de transacción, nombre del banco, fecha lugar, hora y monto pueden ser acopiados por el propio cajero sin su intervención.

Huelga reiterar que este mecanismo se refiere exclusivamente a aquellas transacciones que se realizan en billetes y moneda metálica. Ello radica en la necesidad de suplir la ausencia de un documento, ordinariamente un título valor, en el cual ordinariamente queda el registro de la transacción, de sus intervinientes y del origen y destino de los dineros. De esta forma, el formulario individual de registro permite que en el futuro sea posible seguirle la pista hacia atrás a la transacción, aunque no medie el señalado título valor.

En este momento es preciso dejar sentadas algunas importantes aclaraciones: En el señalado artículo 103 no se regula, ni se menciona siquiera, el reporte de operaciones sospechosas a las autoridades⁴, tema cuya reglamentación aparece en el artículo 102 del mismo Estatuto. El deber de dejar constancia de las transacciones en efectivo es distinto del deber de reportar las operaciones sospechosas. Ni las transacciones en efectivo, por el solo hecho de serlo, se reportan a la autoridad, ni puede afirmarse, como es error tan común como grave por falta de adecuada lectura de las normas, que las operaciones sospechosas sean precisamente aquellas realizadas en efectivo y por cuantía superior a los diez millones de pesos o diez mil dólares. De hecho, el formulario individual de registro no debe remitirse a autoridad alguna, sino que debe conservarse en la misma oficina, a la espera de que –eventualmente– llegue a ser requerido por la policía judicial.

Tampoco es cierto que los bancos estén excluidos del deber de detectar las operaciones sospechosas realizadas con o a través de transacciones en efectivo, por virtud del reporte que trimestralmente deben enviar a la Superintendencia Bancaria. Ninguna norma legal avala esta creencia.

La moneda legal es aquella valorada en pesos, impresa o acuñada por nuestro Organismo Emisor⁵, de acuerdo con lo

expresado en la Ley 31 de 1992. Si se trata de divisas, ha de tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 72 de la Resolución Externa n.º 8 del 5 de mayo de 2000, proferida por la Junta Directiva del Banco de la República⁶, en el que se expresa que el Emisor efectúa sus operaciones únicamente en Derechos Especiales de Giro (DEG), la Unidad Monetaria Europea euro y en las siguientes monedas: corona sueca, corona danesa, chelín austríaco, dólar de los Estados Unidos de América, dólar canadiense, florín holandés, franco belga, franco francés, franco suizo, libra esterlina británica, lira italiana, marco alemán, peseta española y yen japonés⁷.

El primer antecedente sobre registro bancario masivo de transacciones en efectivo en Colombia aparece en el Acuerdo sobre el papel del sistema financiero en la detección, prevención y represión del movimiento de capitales ilícitos promovido el 21 de octubre de 1992 por la Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras, en virtud del cual las entidades afiliadas se comprometieron a conservar la información concerniente a las operaciones en dinero efectivo de más de siete millones de pesos (\$7.000.000.00), o su equivalente en moneda extranjera, en orden a garantizar su eficacia para fines probatorios.

El 20 de noviembre del mismo año el Gobierno promulgó el Decreto 1872 a través del cual se impuso a las instituciones financieras⁸, el deber de dejar constancia en formulario especialmente diseñado al efecto de las transacciones en efectivo cuyo valor fuese superior a la cuantía señalada por la Superintendencia Bancaria.

Es así como mediante la Circular Externa n.º 75 de 1992 esta Superintendencia impartió a las entidades vigiladas instrucciones relativas al cumplimiento de lo establecido en el Decreto 1872 de 1992, indicando que aquellas serían las transacciones en efectivo correspondientes a depósitos, retiros, pagos e inversiones efectuadas en moneda legal, por valor igual o superior a la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000.00), así como a las compras o ventas de divisas en efectivo, cuyo valor fuera igual o superior a la suma de diez mil dólares (US\$ 10.000.00), o a su equivalente en otras monedas.

Posteriormente, con ocasión de la promulgación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la obligación que estaba consagrada en el Decreto 1872 apareció en el artículo 103.

En la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria⁹ es donde aparecen ahora señaladas las cuantías de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) y diez mil dólares (US\$10.000.00) ya mencionadas. A través de la Circular n.º 33 de 1997 y posteriormente mediante Carta Circular n.º 6 de 1998, la Superintendencia Bancaria actualizó el monto

de las transacciones en efectivo sujetas a registro individual en las casas de cambio.

El Consejo de Estado¹⁰ al resolver la acción de nulidad interpuesta contra la Circular n.º 33 manifestó que si es posible señalar cuantías diferentes, unas para los bancos y otras para las casas de cambio, sin que se viole el derecho a la igualdad.

Ahora bien, en un tercer nivel regulatorio se encuentran los Manuales Internos expedidos por las propias entidades financieras, en los cuales se reiteran las instrucciones legales y las instrucciones administrativas precedentemente descritas y, lo que es más importante, se precisan los métodos, cauces internos de información y procedimientos que deben seguir los empleados.

3. Salvo si el registro es electrónico.

4. Anteriormente a la Fiscalía, actualmente a la Unidad de Información y Análisis Financiero creada mediante Ley 526 de 1999.

5. JORGE IBÁÑEZ. “El lavado de activos”, *Revista Universitas*, n.º 97, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 1999, p. 113.

6. Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales.

7. A partir del 1.º de enero de 2002 el Euro reemplazó la moneda nacional de Bélgica, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia.

8. Para hacer más sencillo el escrito, utilizaré únicamente la palabra banco. La expresión Estatuto Orgánico o simplemente Estatuto, es una forma abreviada de decir Decreto 663 del 2 de abril de 1993 ó Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

9. Numeral 6.3.4. del Capítulo Noveno del Título Primero, de la Circular Externa SB n.º 7 del 19 de enero de 1996, adicionada en lo pertinente a través de la Circular Externa n.º 61 del 19 de julio de 1996. La Superintendencia de Valores ha expedido la Circular Externa n.º 4 del 27 de mayo de 1998, en cuyo numeral 1.4. se expresa que las transacciones en efectivo sujetas a registro son aquellas realizadas por montos superiores a los 57 salarios mínimos legales mensuales, un poco más de diecisiete millones de pesos de principios de 2002.

10. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de abril de 1998, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA: “... entre las instituciones financieras y las casas de cambio existen aspectos relacionados con su creación y funcionamiento, que las hacen sustancialmente diferentes, lo cual implica que no pueda tratarse como iguales [...] Quiere decir entonces, que los procedimientos adoptados por la entidad supervisora, son constitucional y legalmente viables, en la medida en que garanticen la efectividad del control sobre las operaciones autorizadas y se justifican las diferencias de trato a los destinatarios de las normas que los contengan como en efecto ocurre en el caso objeto de análisis, cuando con ella se alcance el mismo objetivo”.

11. ENRIQUE CURY. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, pp 91 y 92.

12. RICARDO ROCHA GARCÍA. “Lavado de activos. Determinantes”, en revista *Coloquio de la Dirección Nacional de Estupeficientes*, n.º 6, enero de 1998, p. 42.

La existencia de estos Manuales Internos tiene su origen en lo señalado en el párrafo 1º del mencionado Decreto 1872, en el cual se imponía a las entidades vigiladas la obligación de “... diseñar y poner en práctica procedimientos específicos...”; esta norma se transcribió en el número 3 del artículo 102 del Estatuto Orgánico y aparece reiterada en el n.º 6.6. del Capítulo Noveno del Título Primero de la ya citada Circular Básica Jurídica.

La simple pero atenta y armónica lectura de estas normas, esto es, las consagradas en el Estatuto Orgánico, en la Circular Básica Jurídica y en el Manual Interno de la correspondiente entidad, le permite a un hombre corriente u ordinariamente razonable (léase cajero o cliente) al decir de ENRIQUE CURY¹¹, adquirir certeza respecto de la vigencia, naturaleza, sentido y alcance de sus obligaciones. El propósito de la existencia de estos tres cuerpos normativos, aun cuando existe quien lo afirma contra toda evidencia, no es confundir al ciudadano, o generarle oscuridad frente a sus deberes y complejidad en sus relaciones con el Estado. Todo lo contrario.

Se le ha dejado a las Superintendencias Bancaria y de Valores, como autoridades administrativas del ramo y no a la ley, la facultad de señalar las cuantías mencionadas, por dos razones. En primer lugar debido a que obedecen a factores macroeconómicos cambiantes que exigen una regulación expedita. De otra parte, en razón a que se reconoce que el mero señalamiento de una cuantía no afecta, por sí misma, derechos esenciales de aquellos que los ciudadanos exigen consagrar en la ley.

Podemos pasar ahora a un tema complementario. Habrá Usted observado que en las áreas de atención al público de los bancos aparecen algunos carteles en los que se anuncia a la clientela el deber de registrar sus transacciones en efectivo. Es evidente que ello obedece a la materialización de las obligaciones precedentemente mencionadas. Pues bien, existe quien entiende¹² que la colocación de estos carteles constituye una clara advertencia para que el delincuente eluda el control.

No estoy de acuerdo con esta apreciación. Al respecto debe tenerse en cuenta que el registro individual de las transacciones en efectivo no corresponde a un mecanismo secreto, confidencial o de divulgación prohibida, sino que está consagrado en la ley, la cual por su naturaleza –conforme el sistema vigente en nuestro país– está sometida a un régimen de publicidad en el *Diario Oficial* y cuyo desarrollo reglamentario se surte mediante Circulares Externas proferidas por la Superintendencia Bancaria, las cuales también son de carácter general y público y se reproducen en el Boletín del Ministerio de Hacienda. En otras palabras: El cartel no hace cosa distinta que repetir de una manera resumida lo que dice la ley.

Adicionalmente, una adecuada comprensión de la forma en que opera este mecanismo de control permite concluir que su elusión no puede entenderse como sinónimo de éxito en la correspondiente operación de lavado de activos, ya que en la medida en que conduce a lo que coloquialmente se conoce como “pitufo” y técnicamente como “estructuración de operaciones”¹³, activa los mecanismos de detección de transacciones inusuales y de reporte de operaciones sospechosas a cargo de las entidades vigiladas. Expresado de otra forma: Al eludir el control primario, el delincuente se coloca a sí mismo en evidencia.

Otro problema que es necesario resolver es el de si las compañías de seguros están obligadas a cumplir el artículo 103. Ello depende de si les califica como instituciones financieras, como quiera que en el mismo artículo se expresa que únicamente éstas deben cumplirlo.

Al respecto es necesario recordar que en el artículo 90 de la Ley 45 de 1990 se dice que para efecto de lo previsto en esa misma ley, se entiende por instituciones financieras las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, con excepción de los corredores y agentes de seguros.

Sin embargo, en mi entender ello no significa que las compañías de seguros sean por sí mismas, o deban ser consideradas como instituciones financieras para todos los efectos. Adviértase que en el artículo 90 citado se expresa que la asimilación es únicamente para lo previsto en esa misma Ley 45 y dentro de la misma no existe ninguna norma relacionada con la prevención del lavado de activos.

Ahora bien, por contraste dentro del Estatuto Orgánico en el artículo 1.º se distingue entre los sistemas financiero y asegurador y el artículo 5.º se dice lo obvio, que las compañías de seguros son entidades aseguradoras.

En conclusión, ni las compañías de seguros son instituciones financieras, ni se asimilan a tales para efecto de la prevención del lavado de activos, ni deben cumplir lo dispuesto en el artículo 103 del Estatuto Orgánico.

Retornemos al tema del registro bancario de las transacciones en efectivo. ¿Que pasa si la persona (no se le puede llamar “cliente” ya que el tenedor de un cheque que acude a cambiarlo por ventanilla cuando ha sido girado o endosado a su favor no lo es) se niega a suministrar su dirección, o a firmar el formulario?

Una cosa es clara: No se le puede negar el cambio del cheque, o la monetización del CDT, o la consignación. Si es un cliente, tampoco se le puede condicionar la futura entrega de extractos, talonarios, chequeras o tarjetas electrónicas. En este caso, el cajero debe recibir o entregar los dineros,

dejar constancia en el mismo cuerpo del formulario individual de la negativa del cliente o usuario, y reportar la situación por escrito al final de la jornada al gerente de la oficina. Este a su turno, debe reportar internamente la situación a más tardar a primera hora del día hábil siguiente a una instancia superior dentro del propio banco, de conformidad con lo que debe estar consignado en forma previa en el Manual Interno de Procedimientos del banco.

A partir de allí, es probable que se active el mecanismo de detección de transacciones inusuales y de reporte de operaciones sospechosas contemplado en el artículo 102 del Estatuto Orgánico.

Si es el propio cliente quien se ha negado a suministrar la información, la entidad debe evaluar la viabilidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula contractual que le faculta saldar la cuenta en eventos como estos. Huelga señalar que esta disposición ya debe existir en todos los contratos vigentes.

13. Realización de transacciones bancarias en efectivo, por un valor ligeramente inferior a la cuantía que determina el registro, en forma sistemática, ordinariamente masiva y regularmente con la intervención de numerosas personas.

14. Bajo el régimen de la Resolución JDBRC n.º 21 de 1993 (arts. 83 y 98), la declaración de aduanas era obligatoria para el ingreso de divisas en efectivo o títulos por más de 7 mil dólares o su equivalente y el ingreso o salida de moneda nacional en billetes por más de un millón de pesos (cifra actualizada con el IPC-Dane). No se regulaba allí de una manera específica la salida de divisas en efectivo o títulos, ni lo relativo al ingreso o salida de moneda legal colombiana en metálico, ni el ingreso o salida de moneda legal colombiana en títulos.

15. Artículos 4.º de la Resolución 8 JDBRC de 2000, 1.º del Decreto 1074 de 1999 y 35 del Decreto 1092 de 1996.

16. Hoy en día las realizadas por o en beneficio de la misma persona en un mes y que superan los cincuenta millones de pesos, o cincuenta mil dólares o su equivalente.

17. Aquellas personas que manejan ordinariamente abundante efectivo en desarrollo de su actividad comercial o profesional, confirmada como consecuencia de una adecuada política de conocimiento del cliente.

18. *Gaceta del Congreso*, 9 de enero de 2002 p. 11. En la versión del 16 de mayo de 2002 (ponencia para segundo debate), se conserva esta disposición sin modificaciones. En la exposición de motivos, inexplicablemente se comete un grave error, a la sazón el ya destacado aquí, consistente en creer que las operaciones sospechosas son precisamente aquellas realizadas en efectivo y por cuantía superior a los diez millones de pesos o diez mil dólares y, peor aún, que hasta ahora los bancos no tienen responsabilidades de detección y reporte con respecto a lo que el cliente hace con o a través de las mismas.

En efecto, en la ponencia se expresa que por virtud de la reforma del artículo 104 en comentario “... las entidades financieras entrarían a compartir con la UIAF la responsabilidad de detección de las posibles operaciones de lavado de activos”.

De otra parte, resulta oportuno recordar que en los artículos 77 y 82 de la ya mencionada Resolución Externa de la Junta Directiva del Banco de la República n.º 8 del 5 de mayo de 2000, existen otros mecanismos de control para las transacciones en efectivo.

En efecto, allí se expresa que quienes ingresen o salgan del país con divisas en efectivo o en títulos, o con moneda legal colombiana en billetes, por un monto superior al equivalente a diez mil dólares, deben presentar una declaración de aduana. No está reglamentado de forma específica lo relativo al ingreso o salida de moneda legal colombiana en metálico, ni el ingreso o salida de moneda legal colombiana en títulos¹⁴.

De acuerdo con lo señalado en estas normas, la no presentación de la declaración de aduanas genera multa del 30% del valor no declarado. Si se escriben datos equivocados, incompletos, desfigurados o inconsistentes, la multa, sin perjuicio de las sanciones penales, es de 5 salarios mínimos legales mensuales, esto es, a principios de 2002 algo más de un millón quinientos mil pesos. Si además se está dejando de canalizar operaciones por el mercado cambiario, la multa es del 200% del monto dejado de canalizar. Esta se descuenta del valor retenido, sin que sea necesaria la autorización del sancionado. Si queda algún excedente se le devuelve¹⁵.

Ahora, algunas palabras sobre la reforma del artículo 104 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En el Decreto 1872 de 1992 se impuso otro deber complementario al que hasta ahora hemos estudiado: El de informar periódicamente a la Superintendencia Bancaria el número y localización geográfica de las transacciones en efectivo individuales y múltiples¹⁶. Complementariamente, en el Decreto 02 de 1993 se estableció por primera vez la posibilidad de eximir a determinados clientes¹⁷ del diligenciamiento del formulario de registro individual de transacciones en efectivo.

Sin embargo, una vez promulgado, en el artículo 104 del Estatuto Orgánico se ordenó a los bancos que reportaran a la Superintendencia únicamente las transacciones en efectivo de los clientes exentos del diligenciamiento del formulario individual de registro, dejando por fuera las demás, esto es, las individuales ahora superiores a diez millones y las mensuales ahora superiores a cincuenta millones. Esto es, todo lo contrario de lo señalado en el Decreto 1872.

Que había sucedido? Veamos: En el artículo 25 de la Ley 45 de 1990 se facultó por primera vez al Presidente de la República para sistematizar, integrar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas del sector financiero entonces vigente. Fruto de ello fue el Decreto-ley 1730 de 1991, cuya

original numeración decimal (1./1.1./1.1.1./1.1.1.1./etc.) se hizo célebre.

Poco tiempo después en el artículo 36 de la Ley 35 de 1993 nuevamente se facultó al Gobierno Nacional para incorporar las modificaciones dispuestas al mencionado Estatuto. Entonces, se expidió el Decreto 663 de 1993 que ahora se conoce y en el que la numeración decimal se sustituyó por la tradicional.

Así las cosas, lo que sucedió fue que el paso de los numerales del Decreto 1872, a los artículos decimales del Decreto 1730 y a los tradicionales del 663 y de inciso en inciso, se perdió el real contenido de la obligación. Fue necesario recomponer la situación, y por ello en su momento propuse que el artículo 104 involucrara todas las transacciones en efectivo dentro del reporte periódico. Logrado el consenso entre Superintendencia Bancaria, Ministerio de Hacienda y Ministerio de Justicia, no fue difícil lograr que la necesaria reforma fuera incluida en el proyecto de ley contra la delincuencia organizada que entonces empezaba su trámite en el Congreso de la República.

*... No está
reglamentado
de forma específica
lo relativo al ingreso
o salida de moneda
legal colombiana en
metálico, ni el
ingreso o salida de
moneda legal
colombiana
en títulos.*

Actualmente, modificado por el artículo 24 de la Ley 365 de 1997, en el artículo 104 del Estatuto se ordena informar periódicamente a la Superintendencia Bancaria el número y localización geográfica de todas las transacciones en efectivo mencionadas en el artículo 103, esto es, las individuales superiores a diez millones, las mensuales superiores a \$50 y las de los exentos. No había razón para excluir las de estos últimos, aunque esta modalidad había surgido en el tiempo después de la consagración del reporte.

En el proyecto de ley 106 de 2001 de la Cámara de representantes, por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto, aprobado en primer debate por la Comisión Tercera Constitucional Permanente el 11 de diciembre de 2001, se propone la reforma del artículo 104 en estudio, para que el reporte se dirija a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF en lugar de la Superintendencia Bancaria o de Valores según el caso¹⁸.

En lo personal estoy de acuerdo con esta reforma, ya que la mencionada Unidad necesita de esa información para el más adecuado ejercicio de sus funciones y no existe razón alguna para que hoy en día la misma pase previamente a través de las Superintendencias. Lamento sí, que hasta ahora la reforma no alcance el párrafo final del numeral 2 del artículo 103, en el que se expresa que mensualmente los bancos deben remitir a la Superintendencia Bancaria el listado de clientes exceptuados del diligenciamiento del formulario individual de transacciones en efectivo, el cual debería derogarse.

*Por su condición de
Directores, los
miembros de la junta
directiva del banco de
igual forma pueden
ser sujetos activos de
este tipo penal aunque
no sean empleados, y
si lo son también...*

Para concluir el análisis de estas normas, debo relatar que en el artículo 209 del Estatuto Orgánico, complementado por el artículo 21 de la Ley 365 de 1997, se expresa que cuando un empleado de una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria ejecuta actos violatorios de las disposiciones sobre prevención de actividades delictivas (Capítulo xvi. Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), puede ser sancionado, por cada vez, con multa¹⁹ hasta de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00), exigir su remoción inmediata y comunicar esta determinación a todas las entidades vigiladas.

Esta suma se ajusta anualmente en el mismo sentido y porcentaje en que varía el índice de precios al consumidor que suministra el Dane. Para la época de redacción del presente escrito esto es a inicios de 2002, el máximo ya superaba los ochenta millones de pesos. El mínimo siempre ha sido un peso. Esta sanción puede concurrir con la institucional impuesta al propio banco, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 211 del mismo Estatuto.

III. El tipo penal y sus aparentes defectos

En el artículo 325 del Código Penal actualmente vigente²⁰ se lee lo siguiente:

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

En este texto advertimos tres cambios con respecto a la versión que del mismo tipo penal aparecía en la Ley 365 de 1997: Se cambió la palabra *directivo* por la palabra *director*; se reemplazó la expresión *cooperativa de ahorro y crédito* por *cooperativa que ejerza actividades de ahorro y crédito* y se dejó de hacer referencia expresa a los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993.

En cuanto a lo primero encontramos que es correcto utilizar la palabra *director* en lugar de *directivo*, ya que aquella hace referencia a la persona que dirige, en tanto que ésta alude a la facultad de dirigir. El cambio es puramente semántico.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que desde el origen de la norma o tipo, todas las personas que sean empleados del banco, incluyendo sus representantes legales y no solo estos, son susceptibles de ser considerados como sujeto activo del

delito en examen. La lista empieza por el cajero, pasa por el gerente de oficina y continúa por el oficial de cumplimiento y el personal del área de sistemas que interviene en la sistematización de la información que habrá de remitirse a la Superintendencia. Lo importante es que la persona tenga a su cargo, o intervenga, o bien tenga capacidad de decisión lícita, o de intervención ilícita, dentro de los procesos internos relativos a los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo.

Por su condición de *Directores*, los miembros de la junta directiva del banco de igual forma pueden ser sujetos activos de este tipo penal aunque no sean empleados, y si lo son también. En la práctica el único excluido dentro del banco será el revisor fiscal, ya que éste no es empleado, ni director de la entidad.

Si bien las obligaciones aparecen en el Estatuto Orgánico en cabeza de las entidades vigiladas, no debe olvidarse que la teoría de la imputación objetiva, traída *enhorabuena* de la doctrina Alemana por los maestros de la Facultad de Derecho de esta Casa de Estudios²¹, ya reconocida jurisprudencialmente en nuestro sistema²², contiene elementos de juicio suficientes para discernir de una manera justa y garantista si un suceso está dentro de la órbita de su rol o competencia, o puede ser atribuido a determinada persona natural como propio, y si en virtud de ello debe responder penalmente.

19. Que se graduaría, de aprobarse la reforma mencionada, de acuerdo con el daño o peligro causados, el beneficio económico obtenido, la reincidencia o la obstrucción realizada, entre otros factores (art. 208.2). Allí también se prevé la inhabilitación hasta por cinco años para el ejercicio de cualquier cargo en entidades vigiladas. En el mismo sentido está orientada la reforma del mercado de valores.

20. Ley 599 del 24 de julio de 2000.

21. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 53.

22. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

23. Art. 30 C. P. "... en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de (la) conducta punible y éste actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación. En este caso si se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse la calidad" (CS), Sala Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983).

24. Letra d) de la p. 41.

25. Artículo 27 del Estatuto.

26. Ley 454 de 1998.

Como se expresó atrás, las compañías de seguros no son instituciones financieras, ni pueden considerarse como tales; no están obligadas a cumplir los artículos 103 y 104 y por consiguiente sus empleados y directores no pueden ser considerados como sujeto activo del delito de omisión de control.

Por su parte aquel particular que actúa como cliente o usuario, que no tiene la calidad exigida en el tipo y de ordinario participa como determinador del comportamiento omisivo del empleado bancario, también comete por extensión el delito y puede recibir a título de sanción una pena privativa de la libertad igual a las tres cuartas partes de la sanción consagrada en el mismo artículo²³.

En lo que hace a la segunda modificación, relativa a las cooperativas, remito al amable lector a lo que sobre el particular señalé en mi artículo anterior, ya que la crítica formulada entonces parece haber sido atendida²⁴. Baste señalar que dentro de estas caben las cooperativas financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria²⁵, como también aquellas que sin tener esta categoría de financieras realizan actividades de ahorro y crédito bajo la vigilancia, ahora, de la Superintendencia de la Economía Solidaria²⁶.

Finalmente, respecto de la tercera modificación estimo que en verdad es adecuado dejar de citar el número específico del decreto, ya que lo que antes era Decreto-ley 1730 de 1991, ahora es Decreto 663 de 1993 y mañana será otra cosa. La nueva reforma financiera que se avecina bien podría imponer una nueva codificación.

Ahora bien, acerca de este asunto se impone una precisión: Este cambio no conlleva la penalización de lo señalado en las Circulares Externas de las Superintendencias. Los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, como se lee en el tipo penal, siguen siendo únicamente los consagrados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No se ha elevado a la categoría de delito penal el mero incumplimiento de las instrucciones impartidas por las Superintendencias Bancaria y de Valores. Esta última infracción sigue siendo de carácter administrativo. La especial relevancia de este asunto habrá de resaltar mas adelante, cuando se haga referencia a la tipicidad.

De otro lado, definitivamente no es constitutivo de delito de omisión de control la infracción de los artículos 77 y 82 de la Resolución Externa n.º 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República ya mencionada, como quiera que el pasajero internacional no tiene la calidad de empleado o director bancario y aunque circunstancialmente lo sea, es evidente que en su condición de viajero no está actuando

como banquero. Si un empleado bancario que llega del exterior omite diligenciar la declaración de aduanas (por el ingreso de dólares en efectivo), así lo haga con el fin de ocultar su origen ilícito, comete una infracción cambiaria, delito de lavado de activos, o delito de receptación, pero no delito de omisión de control.

En relación con el objeto último sobre el cual recae la conducta omisiva, a la sazón las transacciones en efectivo, debo explicar el sentido de lo señalado en la letra e) del numeral 2 del artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Allí se expresa que en el formulario individual de registro de transacciones en efectivo debe indicarse el tipo de transacción. Es claro que esta obligación alude al deber de citar aquel producto o servicio bancario que es originario o destinatario del efectivo.

Esto es, por ejemplo, cuentas corrientes o de ahorro que reciben depósitos o son objeto de retiros con efectivo; cheques que son cambiados por efectivo o comprados en la misma forma; CDT's constituidos o redimidos con efectivo; Créditos abonados con efectivo, etc. Que quede claro: Cuando se consigna un cheque no hay una transacción en efectivo. Tampoco cuando se redime un CDT abonando el importe del título y sus rendimientos en la cuenta del titular dentro del mismo banco, o cuando la emisión del cheque de gerencia se solicita contra el débito de los fondos que el cliente tiene en su cuenta. En estos casos ni la transacción se realiza en efectivo, ni se le asimila a tal, ni esta sujeta a lo dispuesto en el artículo 103²⁷. No.

... Si un empleado bancario que llega del exterior omite diligenciar la declaración de aduanas (por el ingreso de dólares en efectivo), así lo haga con el fin de ocultar su origen ilícito, comete una infracción cambiaria, delito de lavado de activos, o delito de receptación, pero no delito de omisión de control.

Cosa distinta es si se cambia el cheque por ventanilla; se redime el CDT sin abonar la cuenta o girar cheque, o si la emisión del cheque de gerencia se solicita contra efectivo presentado en ventanilla²⁸. En estos tres últimos casos si habrá efectivo en la ventanilla del cajero y por ello en la correspondiente casilla del formulario deberá escribirse "cambio de cheque", "redención de CDT" o "expedición de cheque de gerencia", o lo que corresponda, según el caso.

No existe entonces razón alguna para pensar que en el Estatuto Orgánico se están equiparando todas las operaciones y negocios bancarios a efectivo y por consiguiente que todas las operaciones y negocios bancarios están sujetas a los controles establecidos en los artículos 103 y 104. Hasta ahora no conozco a nadie dentro del sistema financiero colombiano que lo haya entendido así. Por lo tanto, no hay aquí tampoco rendija alguna por la cual pretenda colarse la analogía al derecho penal.

De otro lado, es importante denotar lo que la doctrina denomina "el segundo reenvío", esto es, la circunstancia de que resulte indispensable complementar el tipo penal con el estudio de los artículos 103 y 104 (primer reenvío) y a su turno estos con el texto de determinados apartes de las Circulares Básicas²⁹ (segundo reenvío).

Al respecto debe mencionarse en primer lugar que "el segundo reenvío" no está proscrito constitucionalmente, ni en norma legal alguna de manera expresa. Lo que debe examinarse es si en cada caso es válido conforme lo dispuesto en las normas rectoras de la ley penal colombiana, a la sazón los artículos 1.º a 13 de la Ley 599 de 2000.

Dentro de estas normas resultan especialmente aplicables las de legalidad (art. 6.º), y tipicidad (art. 10.º), que prohíben el juzgamiento basado en normas expedidas después de la ocurrencia de los hechos y exigen definir de manera inequívoca la conducta reprochada, respectivamente.

27. En el mismo sentido HERNANDO BARRETO ARDILA. "Medidas de Prevención de Lavado de Activos", en *Memorias del Primer Simposio Creditario sobre la Prevención de Lavado de Activos*, Bogotá, Caja Agraria, 1997; y HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. "Omisión de Control Aspectos Administrativos y penales", en *Memorias del Segundo Simposio Creditario sobre la Prevención de Lavado de Activos*, Bogotá, Caja Agraria, 1997.

28. Por los riesgos que genera frente al lavado de activos ilícitos, esta última operación debe estar prohibida en los Manuales Internos de los bancos, cuando el comprador no es cliente de la oficina, o cuando menos del banco.

29. La Jurídica ya citada y la Básica Contable (C. E. n.º 100 de 1995) proferidas por la Superintendencia Bancaria, y la de la Superintendencia de Valores de igual forma ya mencionada.

30. CURY. Ob. cit., pp. 96 a 98.

31. JAIME OSSA ARBELÁEZ. *Derecho administrativo sancionatorio*, Bogotá, Temis, 2000, p. 238.

Comparto plenamente la preocupación de CURY URSUA³⁰ con respecto a los peligros que conlleva el segundo reenvío, pero creo que es indispensable reconocer que los mismos no se presentan en todos los casos, ni mucho menos en el aquí examinado: ¿Quién querría o admitiría como posible que la definición última de la conducta reprochada estuviera sometida al querer, costumbre, voluntad, o arbitrio de un funcionario de mínima jerarquía, o de jurisdicción parcial? Peor aún, verbalmente expresada y al vaivén de los hechos, o con posterioridad a ellos? ¿O en virtud de lo cual una cosa dice hoy un funcionario en Neiva y otra distinta también hoy otro en Barranquilla? ¿O uno del nivel departamental hoy en los santanderes y otro del nivel municipal mañana en sentido contrario en Cumbal?

De esta manera describo a base de preguntas, en tono coloquial, con el debido matiz raizal, la justificada preocupación del maestro austral CURY URSUA. Pues bien. Insisto. Nada de eso sucede aquí. Y, atención, si sucediera, sería necesario pedir no sólo la derogatoria del tipo penal (en cuya redacción no intervenga valga decirlo), sino también la proscripción de la capacidad reguladora de las Superintendencias. Si así funcionara.

Pero es que nada de lo descrito acontece en el ámbito examinado. Ni de lejos. No existe en nuestro sistema jurídico actual y vigente, la posibilidad de expedir o permitir que se de uso a una *patente de corso* para que los Organismos de Control bancario y bursátil regulen a su antojo y sin técnica deberes ciudadanos y por esa vía conductas punibles.

La razón es muy sencilla. Las facultades de las Superintendencias Bancaria y de Valores en Colombia no se ejercen en forma arbitraria. Una sola palabra basta para corroborar esto: Legalidad. Mas claro: Porque el principio de legalidad³¹

también rige al interior del derecho administrativo sancionatorio colombiano. No se en Kuala Lumpur. Quien formula esta crítica y afirma lo contrario, es por que asume que al interior del derecho administrativo sancionatorio colombiano resulta posible imponer sanciones por hechos no señalados previamente en la ley como infracción. Por favor.

Baste decir que la vía gubernativa y la acción ante lo contencioso administrativo así lo garantizan.

También es necesario tener en cuenta que las Circulares Externas proferidas por la Superintendencia Bancaria, como se indicó, son de carácter general y público y se reproducen en el Boletín del Ministerio de Hacienda y que el señalamiento de una nueva cuantía, o de un nuevo plazo, o de una nueva formalidad, como es apenas obvio, rige únicamente hacia el futuro y sólo a partir de su publicación. Para corroborar esta afirmación basta leer el contenido del n.º 5 de la Circular Externa n.º 75 del 1.º de diciembre de 1992; el último párrafo de la Circular Externa n.º 61 del 19 de julio de 1996 y el último párrafo de la Circular Externa n.º 33 del 19 de mayo de 1997, todas ellas de la Superintendencia Bancaria, como también el último párrafo de la Circular Externa n.º 4 del 27 de mayo de 1998 proferida por la Superintendencia de Valores.

Huelga señalar que las mencionadas Superintendencias tienen competencia sobre todo el territorio nacional.

En cuanto a la tipicidad debe tenerse en cuenta que el llamado segundo reenvío, no impide “cerrar el tipo”. Adviértase que el paso del Estatuto Orgánico a la Circulares Básicas se impone únicamente para los propósitos y se materializa de las formas que se sistematizan a continuación:

NORMA DEL ESTATUTO	FACULTAD	NORMA DE LA CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA	PARÁMETRO SEÑALADO
Número 1 del artículo 103	Fijar la cuantía a partir de la cual surge la obligación de dejar constancia de las transacciones en efectivo.	Letra a del número 6.3.4 del Capítulo Noveno del Título I	\$10' o US\$10.000
Penúltimo párrafo del número 1 del artículo 103	Fijar la cuantía a partir del cual un conjunto de transacciones debe ser considerada como una sola.	Letra b del número 6.3.4	\$50' o US\$50.000
Penúltimo párrafo del número 1 del artículo 103	Fijar el plazo dentro del cual un conjunto de transacciones debe ser considerada como una sola.	Letra b del número 6.3.4	Un mes
Artículo 104	Fijar la periodicidad del reporte.	Letra a del número 6.4.1.	Trimestral
Artículo 104	Señalar la formalidad del reporte.	Letra a del número 6.4.1. y página 273 del anexo número 1 de la Circular Básica Contable y Financiera	Formato número 228

... Quien formula esta critica y afirma lo contrario, es por que asume que al interior del derecho administrativo sancionatorio colombiano resulta posible imponer sanciones por hechos no señalados previamente en la ley como infracción...

Ejercicio similar podría hacerse para las casas de cambio o con la Circular Externa n.º 4 de la Superintendencia de Valores, para concluir que en estos actos administrativos están definidos de manera clara los parámetros dentro de los cuales deben ejecutar sus obligaciones de registro y reporte las entidades vigiladas, con lo cual se atiende en debida forma el principio de tipicidad.

Además, como puede observarse en la columna de la derecha, reitero que el señalamiento de una cuantía, plazo, periodicidad o formalidad, no involucra derechos esenciales cuya regulación deba dejarse a la ley expedida por el Congreso de la República.

Finalmente, como ya se expresó, debe tenerse en cuenta que la infracción penal no acaece por la desatención de lo dispuesto en las Circulares Externas mencionadas, sino por

el incumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto Orgánico. Las Circulares lo que hacen es delimitar, precisar, enmarcar las obligaciones, o mejor, acabar de definir la forma de conducta o comportamiento positivo que de ser desatendido se torna en punible. Su papel es complementario, no principal.

En efecto, para saber si determinada conducta es reprochable, basta descender del Código Penal al Estatuto Orgánico, ya que los mandatos cuya desatención es delito están contenidos en los artículos 103 y 104 de éste. Las Circulares Externas al señalar una cuantía o un término no mandan, no prohíben, no hacen punible el comportamiento. Contienen elementos accesorios y apenas parciales, de las circunstancias modales de la conducta.

El Estatuto Orgánico no deja la definición de la conducta a lo señalado en las Circulares Externas, o lo que es lo mismo del comportamiento reprochado en el Código Penal, a una autoridad administrativa. Eso tampoco sucede aquí.

Una reflexión final sobre el tema: Es más seguro y más garantizador el proceso de adecuación típica, si se cuenta con una norma complementaria (una Circular Externa en este caso) que ayuda a definir el comportamiento. Es, por lo menos, muy original decir lo contrario, esto es, que es menos seguro y menos garantizador el proceso de adecuación típica, cuando se cuenta con una norma que ayuda a definir el comportamiento.

Prólogo de la continuación



La nueva simbiosis derecho-economía que esta revista ha impuesto de una manera realmente innovadora entre sus lectores y en el derecho colombiano, referida a una visión económica del derecho, o al examen del efecto económico de las normas, impone que el fenómeno criminal subyacente en el tipo penal de omisión de control se examine bajo una óptica ya no aisladamente penal, sino también a través de un prisma económico.

Es disuasiva la ley penal? Ha servido la consagración desde 1995 de un tipo penal para siquiera disminuir el lavado de activos en Colombia? Ha sido útil para evitar que los dineros de origen ilícito retornen a las manos de los delincuentes? Acaso circulan menos dineros ilícitos en nuestro país desde entonces? En otras palabras: Cuáles son los efectos económicos que han generado estas normas punitivas? Le prestan un servicio a la sociedad?

Habré respondido estas preguntas para cuando Usted tenga en sus manos el siguiente número de *Con-texto*.