

OMISIÓN DE CONTROL DE LAVADO DE ACTIVOS: UN DELITO CON TIPICIDAD DEFECTUOSA*

Guillermo Puyana Ramos

La Ley 365 de 1997 creó un tipo penal que denominó “omisión de control”, que se realiza cuando los administradores de entidades financieras y entidades cooperativas de ahorro y crédito omiten aplicar los mecanismos de control para transacciones en efectivo señalados en los artículos 103 y 104 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante *El Estatuto*), con el fin de encubrir u ocultar el origen ilícito del dinero.

En derecho penal ese tipo de normas se conocen como “tipos en blanco”, porque no describen exhaustivamente la conducta punible; para conocer en detalle algunos elementos de la conducta, deben consultarse normas que generalmente están en otros estatutos. Los tipos en blanco son una técnica legislativa a la que se acude cuando se trata de regular fenómenos criminales cambiantes o complejos. Pero como normas penales que son, deben cumplir con los requisitos que imponen el respeto de las garantías de legalidad y tipicidad (*nullum crime nulla poena Sine lege praevia et*

* El tema que se desarrolla hizo parte de la exposición sobre responsabilidad penal en el sector financiero durante el Segundo Congreso de Derecho Financiero realizado por la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia del 8 al 9 de octubre de 1998 en Bogotá.

Quiero expresar mi profundo agradecimiento por los comentarios y sugerencias que hicieron las siguientes personas a un borrador de este artículo: los abogados litigantes Consuelo Acuña Traslaviña, Francisco Zuleta Holguín y Fernando Santos Silva; el Director General Jurídico de Bancafé, Carlos Jaimes Yáñez; el profesor de derecho penal y fundador de la revista *Nuevo Foro Penal*, Nodier Agudelo Betancur.

stricta). Sólo hay delito cuando la ley lo tipifica, sólo se imponen las penas que la ley señala y tanto la conducta como la pena deben estar descritas exhaustivamente.

El tipo de omisión de control no satisface los requisitos de las garantías de legalidad y tipicidad, porque tiene un defecto insubsanable porque cuando se integra con la norma complementaria, no se obtiene una descripción exhaustiva de la conducta típica.

Este artículo se concreta a cuestionar el problema de la estructura de la omisión de control como tipo penal en blanco, excluyendo otras cuestiones tan álgidas e interesantes como la naturaleza omisiva de la conducta, los problemas de la conexidad con el lavado de activos, la discusión sobre la autonomía del delito, la coparticipación criminal en el lavado y la autoría de la omisión de control o la forma en que la norma penal modifica el ámbito de aplicación de *El Estatuto*.

La tesis que se busca probar es que la Ley 365 de 1997 al crear el delito de omisión de control añadiendo el artículo 247B al Código Penal, violó la garantía de legalidad porque es un tipo en blanco, que tiene como normas complementarias disposiciones que violan uno o varios de los principios establecidos por la teoría de la ley penal en blanco como criterios a los que deben ajustarse las normas complementarias.

I. PRAGMATISMO LEGAL Y DESARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA

En los últimos veinte años el régimen penal se ha caracterizado por la inflación normativa y la creciente especialización de las normas penales sustanciales y procesales. El esfuerzo realizado por la *intelligentsia* jurídico-penal colombiana para expedir un código sistemático, coherente y armónico en 1980, fue rápidamente desvirtuado con las legislaciones especiales que crearon cuerpos normativos completos para reprimir el fenómeno delictivo que ocupara la atención nacional en un determinado momento, que bien podía ser narcotráfico, subversión, paramilitarismo, secuestro, fraude financiero o combinaciones perniciosas de ellos.

Hace mucho tiempo el delito financiero se relacionaba únicamente con el hurto, el abuso de confianza y el peculado. El desarrollo económico sofisticó los mecanismos para cometer delitos, que se combatieron con nuevas formas legislativas que impulsaron sus respectivas jurisprudencias.

El delito financiero ha generado bloques legislativos completos. En la crisis de 1982 se expidió todo un estatuto contra las nuevas formas del crimen financiero. Luego, el lavado de activos y la altísima profesionalización de los delincuentes llevaron a nuevas medidas, unas administrativas y otras penales, que buscaban adaptar las normas a los cambios en las técnicas criminales que eran cada vez más sutiles y audaces. Podría decirse que, descontando el narcotráfico, el sector que más legislación ha generado en Colombia en los últimos 25 años es el financiero.

Pero la búsqueda de una legislación adaptada a las realidades contundentes que impone el delito no ha sido afortunada. Las fórmulas legislativas son farragosas, los debates conceptuales suelen ser pobres y la jurisprudencia está dispersa entre múltiples corporaciones que dan directrices contradictorias de interpretación y aplicación de las normas. El trabajo institucional ha avanzado pero sigue desarticulado y obstruido por competencias de liderazgo entre entidades.

Mientras tanto el delito avanza a pasos agigantados. Es muy preocupante la profesionalización permanente y la sofisticación de los recursos tecnológicos de las organizaciones delictivas. El sector financiero es atacado en forma sistemática por el delito tecnológico tanto para defraudarlo como para aprovechar el fundamento fiduciario de su actividad y permitir así la reproducción y la circulación de los recursos del delito. En el estado del arte del delito que tiene como medio o como fin al sector financiero partimos de una situación de clara desventaja.

No obstante que el sector financiero ha asumido la iniciativa en el control de actividades ilícitas, la legislación ha tenido como nota característica que percibe a este sector más como un sospechoso que como un aliado. A las entidades financieras se les atribuye cada vez más una mayor responsabilidad. Sólo muy recientemente la situación ha cambiado y el Estado ha empezado un proceso serio de modernización e integración, en el que el sector financiero desempeña su papel en un esquema de cooperación. En esta labor ha sido particularmente importante la reorientación del trabajo de la Fiscalía General de la Nación en el último año y medio.

Uno de los efectos más notorios del afán legislativo es que las normas se expiden sin pensar cuidadosamente lo que desea reglamentar. Se legisla por presiones externas o por simple presentación nacional, para satisfacer un deseo de imagen internacional positiva, pero sin reflexionar si las normas son inteligibles, si son aplicables o si contamos con los mecanismos procesales, profesionales y fiscales para desarrollarlas. Lo que importa es tener normas.

En materia penal financiera la situación es grave. A medida que el crimen organizado dirigía su atención al sector financiero la situación se hizo más compleja, porque las acciones delictivas buscaban defraudar a las entidades y aprovechar su fundamento fiduciario para ocultar el origen ilícito de los recursos del delito. Alguien anotaba que el financiero era el único negocio al que los delincuentes dirigían sus mejores esfuerzos, lo mismo para sacar dinero que para ingresarlo.

Es una situación en extremo compleja porque el sector financiero es destinatario de normas penales de la más variada naturaleza y yo diría que la mayoría de ellas no son muy afortunadas ni en su redacción, ni en su motivación, ni en su aplicación.

En Colombia creemos que entre más normas tengamos, mejor cumplimos con nuestra cuota en la lucha contra un crimen transnacional como el lavado de activos. Y si son

penales, mejor. Pero tener muchas normas no es lo mismo que tener un buen sistema normativo. Esta es una regla básica que hemos olvidado en Colombia y es un olvido trágico porque tenemos una cantidad de argumentos legales, pero unos resultados deplorables. Ahora, hay que pensar sobre qué parte de esta situación resulta de inadecuados procedimientos de investigación, cuál es imputable a la corrupción, cuánta es responsabilidad de fiscales y jueces ignorantes y mal preparados, y qué normas existen que se pueden aplicar porque son incomprensibles o nacieron inviables. No es justo que el peso de la ineficacia de las normas recaiga siempre en la rama judicial a título de impunidad. La impunidad también se genera cuando una norma que establece que una conducta es punible, no puede aplicarse porque padece defectos estructurales.

Ahora, cuando digo que no se debe confundir el tener muchas normas con tener un buen sistema de normas, estoy señalando uno de los principales defectos del trabajo legislativo penal en general y penal financiero en particular: legislamos con frenesí, porque es necesario que “el mundo sepa” que hacemos esfuerzos inconmensurables para combatir el crimen organizado; pero lo hacemos con indiferencia o con ignorancia del carácter científico del derecho penal. Es poco probable que los legisladores piensen si una norma penal que están discutiendo o van a aprobar, se atiene o no a los principios fundamentales del derecho penal.

El derecho penal es un sistema conceptual lógico, basado en principios que se reflejan en una teoría del derecho penal y del delito. En Colombia, en 1980 los mejores penalistas del país trabajaron para un Código que se acogía a una escuela y a una teoría del delito. Pueden gustarnos o no, podemos o no estar de acuerdo con ellas, pero es un sistema de principios que sólo puede ser cuestionado de fondo con otro sistema de principios. Y mientras esto no suceda, mientras un sistema de principios no reemplace al vigente desde 1980, todos los penalistas tenemos la pretensión y manifestamos el deseo de que el sistema científico del derecho penal sea acatado por las normas especiales posteriores ya que ellas no contienen un sistema de principios diferentes, sino que simplemente desarrollan el vigente.

Pues nada de eso ha sucedido. La indiferencia o la ignorancia sobre la naturaleza científica del derecho penal ha causado que se expidieran todo tipo de normas especiales desde 1980 hasta la fecha, muchas de las cuales violan uno o varios principios del derecho penal sin que haya sido posible controlar la situación con los mecanismos de acción o excepción de inconstitucionalidad.

Lo más preocupante es que las cosas están pasando sin mucha resistencia por parte de la actual cúpula jurídico-penal, inclusive por la que se precia y es reconocida como especializada en lo que hoy se conoce como “derecho penal financiero”. Cuando el cáncer empieza a pasar desapercibido a quienes deben diagnosticarlo, la situación es sencillamente caótica.

Todo lo anterior sucede con el delito de omisión de control. Sus orígenes no son muy claros, se consagró como delito en la Ley 365 de 1997, pasó el examen de constitucionalidad en noviembre de ese mismo año¹, varios tratadistas lo han analizado sin señalar ningún defecto técnico serio y pasó íntegramente en la propuesta de reforma al Código Penal del fiscal general de la nación que actualmente se discute en el Congreso de la República.

El delito de omisión de control tiene varios puntos que deben destacarse:

Primero, no se ha podido justificar su necesidad, pues no obstante la gravedad de la conducta que describe, establece una sanción menos grave que para conductas equivalentes dentro del mismo bien jurídico que busca proteger el lavado de activos. ¿Por qué no se permitió que la omisión dolosa del control se penalizara como participación en el lavado de activos? ¿Por qué no se dejó que operara la regla de la causalidad conforme a la cual todo hecho punible puede ser cometido por acción u omisión y sancionar así la forma omisiva de lavado en vez de crear un tipo especial?

Segundo, es una norma penal en blanco, que obedece a la tendencia predominante en la expedición de normas penales sobre delitos complejos, como el lavado de activos. En este punto es donde surge el principal defecto de la estructura típica del delito de omisión de control.

El presente artículo se concentra únicamente en el segundo aspecto. La tesis que deseo exponer y demostrar es que el tipo penal en blanco de omisión de control tiene defectos insalvables de tipicidad y su aplicación, tal y como está redactada la norma, viola las garantías de legalidad y de tipicidad. Si los funcionarios judiciales de Colombia respetan los principios del derecho penal colombiano, deben dejar de aplicar la norma mediante la excepción de inconstitucionalidad.

La exposición tendrá el siguiente desarrollo:

— La primera parte revisa y evalúa el origen de la norma y su aval constitucional y doctrinario. Si hay un problema quizás no radique sólo en el proceso legislativo sino también en el constitucional y en la misma doctrina de los expertos en derecho penal financiero.

— La segunda parte confronta la norma con la teoría del tipo penal en blanco y con las garantías constitucionales vigentes en nuestro país, para probar que hay un desajuste estructural en la norma complementaria que conduce a la necesidad de excluir el tipo en blanco en su totalidad, del ordenamiento jurídico.

1. Sentencias C-562 y C-565 de 1997, Corte Constitucional.

II. HISTORIA LEGISLATIVA

En la Ley 365 de 1997 se creó el artículo 247B del Código Penal, que dice a la letra:

Artículo 247B. *Omisión de control*. El empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa 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 los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993 para las transacciones en efectivo, incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de dos a seis años y multa de cien a diez mil salarios mínimos legales mensuales.

Se trata de un tipo en blanco. El chileno Enrique Cury la llamaría “ley penal en blanco propia”², porque para precisar la conducta punible debe acudir a una norma de un ordenamiento diferente (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) de carácter inferior (Decreto)³.

La sola lectura de la norma arroja más dudas de las que puede resolver. El proceso legislativo culminó con una redacción que pretende ser rigurosa y precisa, pero lo hace con elementos innecesarios o irrelevantes, mientras que en lo trascendental padece serios defectos de precisión. Resulta absurdo, por ejemplo, decir que el delito se comete si se omite el cumplimiento de “alguno o todos” los mecanismos de control, cuando luego dice que la conducta es punible “por ese solo hecho”. Son referencias mezcladas al concurso de delitos y el peligro abstracto cuya operación o exclusión resulta de los principios generales del Código Penal y no por orden de una norma especial.

Aún más dudas hay sobre la misma necesidad de la norma, porque la omisión en el control del lavado puede perfectamente resolverse a través de las reglas de la participación criminal en el lavado, sin tener que erigirla como delito autónomo⁴.

2. Enrique Cury. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, p. 40.

3. El Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es un decreto con fuerza de ley, mediante el cual el Presidente ejerció facultades legislativas para organizar la normatividad financiera. De manera que en estricto sentido no podría decirse que el Decreto 663 de 1993 sea una norma de “inferior jerarquía”. Sin embargo, las diferencias entre decretos ordinarios y decretos-leyes expedidos por el ejecutivo en ejercicio de facultades que le son diferidas por el legislativo, son irrelevantes para la teoría de la ley penal en blanco por cuanto unos y otros implican una intervención de la autoridad administrativa en la definición de los elementos de la conducta punible, que es lo que preocupa a dicha teoría que busca preservar la integridad de las garantías de legalidad de los delitos y de las penas y tipicidad o descripción exhaustiva en la ley de las conductas punibles.

4. Si un directivo de una entidad financiera omite controlar transacciones en efectivo de dinero procedente del delito, tendrá una pena de hasta seis años de prisión y 10 mil salarios mínimos de multa. Pero si la misma omisión se penaliza como coautoría o complicidad en lavado, la pena sería de hasta 15 años de prisión y 50 mil salarios de multa. Eventualmente, al aplicar los ajustes punitivos por complicidad en lavado de activos, resultarían unos márgenes muy parecidos a los de la omisión de control, cosa que resalta aún más la falta de necesidad de un tipo especial para esta conducta.

Todo indica que el Estado colombiano quería tener una norma especial contra las entidades financieras, aunque fuera inaplicable o absurda. O quizás quería lanzar un mensaje de prevención a la totalidad del sector financiero, mediante una norma especial para él. Pero si el propósito era actuar con mayor severidad contra los funcionarios de entidades financieras que se prestaran a esquemas de lavado mediante la evasión de controles, ese objetivo se frustró. En efecto, si un funcionario de una entidad financiera hace parte de una organización de lavadores de activos y su misión dentro de la empresa criminal consiste en no ejercer controles, buscará la impunidad y una pena menor invocando que su delito no es lavado de activos sino omisión de control, con lo que las posibilidades de sanción caen a la mitad. La norma de omisión de control crea zozobra en la parte sana del sector financiero e imagino que una intensa felicidad en la parte podrida de la manzana.

Si en vez de complicar las cosas con tipos especiales que fraccionan una conducta, para crear delitos a partir de “porciones” de la conducta global del lavado de activos, se hubiera dejado operar las reglas generales de coparticipación y causalidad criminal, tendríamos mayor claridad y mayor eficiencia. Si la conducta punible puede realizarse “por acción u omisión”, era innecesario tipificar la modalidad omisiva del lavado de activos como omisión de control, pues ya estaba sancionada en el tipo penal de lavado de activos, que puede realizarse, precisamente, por “acción u omisión”. Valdría la pena discutir cómo se tratan los actos omisivos de lavado de activos cuando el objeto material del delito sea dinero en efectivo, ¿como lavado de activos por omisión? o ¿como omisión de control? Esto destaca un hecho: cualquier solución no puede ser incrementar las penas para igualarlas, sino eliminar las normas innecesarias.

Otro punto para considerar es si la autonomía de la conducta de omisión puede realizarse unipersonalmente. En principio la respuesta debe ser positiva si tenemos en cuenta la frase “por ese solo hecho” que da lugar a la realización del tipo. En los términos en que está redactada, sugiere que el delito se comete por “el solo hecho” de la omisión, sin que se requiera una coparticipación (se omite a favor de alguien) o un resultado ulterior, o por lo menos que se haya creado un peligro efectivo. Sin embargo, la teoría de los delitos de peligro abstracto, a la que parece suscribirse el tipo de omisión de control, encuentra un fuerte rechazo por la doctrina predominante.

Tratando de escudriñar las razones de la norma, me remití a sus antecedentes legislativos, es decir, a las propuestas, ponencias y constancias de Senado y Cámara en el curso de los debates que terminaron con la aprobación de la Ley 365 de 1997. Los siguientes son los resultados de la indagación.

La propuesta tuvo origen gubernamental en el despacho del ministro de Justicia, doctor Carlos Medellín Becerra, hacia julio de 1996, en respuesta a las críticas que se hicieron a la criminalización del lavado de activos a través de la ampliación de las conductas del delito de receptación y no como delito autónomo e independiente. El Gobierno presentó entonces un proyecto de ley en el que se consagró el lavado de activos como un tipo penal autónomo.

La exposición de motivos del ex ministro Medellín al Congreso de la República (Senado, donde hizo tránsito inicialmente) es extensa y farragosa, llena de explicaciones sobre todas y cada una de las palabras y signos de puntuación de la norma sobre lavado de activos. Tiene múltiples referencias de tratadistas extranjeros, en sus idiomas originales, la mayoría en alemán e italiano. La muestra de erudición del ministro Medellín era contundente.

Sobre la nueva norma que creó el delito de omisión de control, la exposición de motivos dijo:

A través de un artículo que lleva el número 247B, se eleva a la categoría de delito la conducta de los empleados de las instituciones financieras que no cumplan con los sistemas de control establecidos para las transacciones en efectivo, por los artículos 103 y 104 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993). El texto de la mencionada norma es el siguiente:

Artículo 247B. *Omisión de control.* El empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa 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 los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993 para las transacciones en efectivo, incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de dos a seis años y multa de cien a diez mil salarios mínimos legales mensuales (*Gaceta del Congreso*, 23 de julio de 1996, p. 11).

La justificación presentada por el ministro al Congreso no es más que la transcripción de la norma. Y es obvio que fundamentar algo no puede consistir en transcribir lo que se busca motivar.

Así se inició el trámite en Senado, cuya ponencia tampoco ilustra mayor cosa:

Por entender que a través de las instituciones financieras, en sus diversas modalidades, es por donde más frecuente y fácilmente pueden los particulares cometer las conductas que tratamos de reprimir con el lavado de activos, patrocinamos las sanciones penales propuestas bajo los numerales 247B, 247C y 247D, para los empleados, los socios, los empresarios, administradores, intermediarios o servidores públicos (*Gaceta del Congreso*, 2 de octubre de 1996, p. 5).

Tan prolijo análisis llevó a que en sesiones conjuntas, Senado y Cámara aprobaran ésta y otras normas en diciembre de 1996. La ponencia de segundo debate de hecho empieza haciendo encomio del trabajo previo:

Es importante recalcar que esta propuesta no sólo ha contado con la anuencia de los honorables congresistas, sino que también ha tenido acogida por parte

de estudiosos juristas e instituciones directamente relacionadas con la función judicial tal como la Fiscalía General de la Nación (*Gaceta del Congreso*, 14 de febrero de 1997, p. 1).

La concurrencia de tan positivos factores llevó a que para el segundo debate, el análisis del tipo de omisión de control fuera del siguiente tenor:

El contenido del artículo 247B, está dirigido a castigar al empleado o directivo que en razón de sus funciones y con el fin de lavar, omita cualquiera de las obligaciones impuestas por el régimen de control. La pulcritud propia de la actividad financiera exige que quienes laboran en ese medio respondan a la confianza pública y eviten conductas que afecten directamente la economía y la estabilidad social (*idem*, p. 2).

Aunque reconozco que por lo menos en el párrafo anterior hay algo bastante parecido a un argumento, es demasiado genérico y abstracto. Mezcla diversos propósitos (proteger la pulcritud del sector financiero, preservar la confianza pública, mantener la estabilidad social y económica), todos los cuales pueden concurrir a sustentar la necesidad de cualquier norma sobre el sector financiero, pero no necesariamente una norma penal tan particular y específica. El aporte fue de una de las “conciencias jurídicas” del parlamento colombiano, el doctor Rodrigo Villalba.

Otros dos parlamentarios, miembros de la Cámara de Representantes, reconocidos como juristas, presentaron la ponencia de segundo debate para dicha corporación. La doctora Viviane Morales y el doctor Mario Rincón sostuvieron la necesidad de criminalizar la omisión de control como conducta especial y autónoma de los servidores de las entidades financieras, en los siguientes términos:

El contenido del artículo 247B, está dirigido a castigar al empleado o directivo que en razón de sus funciones y con el fin de lavar, omita cualquiera de las obligaciones impuestas por el régimen de control. La pulcritud propia de la actividad financiera exige que quienes laboran en ese medio respondan a la confianza pública y eviten conductas que afecten directamente la economía y la estabilidad social (*Gaceta del Congreso*, 18 de febrero de 1997, p. 2).

Los mejores juristas de nuestro Congreso en Cámara y Senado no sólo pensaban igual, también se expresaban igual. Presentaron textos idénticos en dos ponencias distintas, para cámaras diferentes; ni siquiera se tomaron el trabajo de variar la redacción entre una otra. Así terminó el proceso legislativo de la Ley 365 de 1997, publicada en el *Diario Oficial* tres días más tarde de la última ponencia transcrita, el 21 de febrero de 1997.

Cuando la necesidad y el propósito de una ley no son suficientemente explícitos y obvios, siempre se tiene la esperanza de que el “espíritu del legislador” nos dé las

lucos que extrañamos. Por eso, era necesario investigar cómo fue el trámite en el Senado y la Cámara de Representantes. Nadie es, por lo tanto, responsable del desastroso resultado de la indagación; así se legisla en Colombia.

III. REVISIÓN CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ha expedido dos sentencias relacionadas con la Ley 365 de 1997, la C-562 y C-565 de 1997. Ambas se refieren a los aspectos formales de la aprobación de la ley y ninguna trata problemas de fondo de las normas aprobadas, de manera que no hay pronunciamiento constitucional conocido sobre el delito de omisión de control.

IV. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA EN COLOMBIA

La jurisprudencia y la doctrina son los últimos filtros con que cuenta el derecho sobre las normas defectuosas que han salido airosas del trámite parlamentario y de la revisión constitucional.

En el derecho penal existe una teoría del tipo penal en blanco, elaborada desde tiempo atrás y en la que hay diferentes tendencias. Pero todas tienen en común la preocupación de preservar la garantía fundamental de *nullum crime nulla poena sine lege praevia et stricta*. Como la norma penal en blanco causa cierta incertidumbre por la intervención administrativa en la definición de la conducta punible, esa intervención debe limitarse para mantener la integridad de la garantía de legalidad, que está acogida en los artículos 28 y 29 de la Constitución según los cuales “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo *previamente definido en la ley*” (artículo 28 C. N.) y que “nadie podrá ser juzgado sino *conforme a leyes preexistentes* al acto que se le imputa” (artículo 29). Así, en Colombia la garantía de legalidad consiste en que:

- La pena y la conducta estén en normas legales (*nullum crime nulla poena sine lege*).
- La ley debe ser previa (*nullum crime nulla poena sine lege praevia*).
- Los motivos deben estar definidos (*nullum crime nulla poena sine lege stricta*).

De esto se derivan varias consecuencias teóricas y prácticas que se verán más adelante.

Entre los estudios publicados sobre el delito de omisión de control, quisiera referirme

a los de dos personas reconocidas por su dedicación al análisis jurídico del delito financiero. Uno es el de Daniel Fernando Jiménez Jiménez, quien publicó un ensayo breve titulado *El delito de omisión de control* en la revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; Jiménez Jiménez ha escrito ampliamente sobre lavado de activos y delitos financieros y ha sido coordinador de la Unidad Especializada para la Prevención del Lavado de Activos de la Superintendencia Bancaria. El otro es el de Hernando Hernández Quintero, funcionario del Banco de la República, autor del libro *Los delitos económicos en la actividad financiera*, sin duda el estudio no sólo más completo y serio de todos cuantos se han escrito sobre el delito financiero en Colombia, sino el único que merece ese calificativo.

Jiménez Jiménez advierte desde el principio que se limitará a ilustrar “sobre algunos aspectos prácticos” del delito de omisión de control, para señalar a los sujetos activos “sobre sus obligaciones y procurar que genere mecanismos de prevención que le eviten caer, *por inadvertida ignorancia*, en los comportamientos regulados en la norma penal”⁵. Tal alusión es premonitoria de las dificultades que la norma propone de principio, pues parece que el autor insinúa que un tipo doloso puede realizarse “por inadvertida ignorancia”, dejando en el aire la sensación de que se refiere a la nunca agotada polémica sobre el error de prohibición, el error de tipo y la vencibilidad del error. Es una frase desafortunada en la medida en que la pretensión es sólo hacer unos aportes prácticos y que no “busca desarrollar un estudio exhaustivo desde el punto de vista de tipicidad”⁶.

Pues bien, con esa introducción en la que el autor quiere tomar distancia de discusiones más complejas sobre la teoría del delito y a la vez alude a un problema tan de fondo como la teoría del error y la ignorancia, Jiménez Jiménez hace el siguiente análisis de la tipicidad del delito de omisión de control:

Por lo general las normas penales describen un comportamiento delictivo y señalan una pena privativa de la libertad. No obstante, existen algunas que sólo precisan la sanción⁷, ofrecen de la conducta una descripción parcial y

5. Daniel Fernando Jiménez Jiménez. “El delito de omisión de control”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XIX, Nº 61, enero-abril 1997, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, p. 37. Bastardillas fuera del texto.

6. Daniel Fernando Jiménez Jiménez. *Op. Cit.*, p. 37.

7. Muchos doctrinantes dicen que en la medida que la pena no describe la conducta sino su consecuencia, si un tipo no especifica la pena y remite a la sanción establecida en otra norma, no es por eso un tipo en blanco. Según el caso puede ser un tipo “incompleto” o un “paratipo”. Considero que es una observación válida y para efectos de este artículo cuando se habla de tipos penales y su relación con los principios de legalidad y tipicidad, se refiere estrictamente a normas penales en cuanto describen una conducta, sin entrar en dilemas sobre la forma de descripción de la pena. Sobre el particular, *Cfr.* Alfonso Reyes Echandía, *La tipicidad*, Universidad Externado de Colombia, 5ª ed., Bogotá, 1981; en igual sentido Soler, Sebastián, afirma que la ley penal en blanco es aquella “cuyo precepto es incompleto y variable, en cuanto a su contenido y en las que solamente queda fijada con exactitud invariable la sanción”. *Derecho penal argentino*, T. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, p. 120.

aluden, para su complemento, a otro texto legal. A éstas se las denomina leyes penales en blanco.

Para conocer cuáles son los mecanismos de control establecidos para las transacciones en efectivo, cuya omisión considera como delito el artículo 247B del Código Penal, es indispensable conocer el contenido de los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993. A este propósito se orienta buena parte del presente estudio⁸.

Los problemas de concepción del delito de omisión de control son evidentes en el extracto anterior. No obstante que Jiménez Jiménez anunció que no iba a hacer un análisis de fondo de la tipicidad, afirma que se trata de una norma en blanco y toma una posición al respecto, diciendo que el delito de omisión de control está consagrado en una norma penal en blanco que debe ser completada con el texto de dos artículos de un decreto. Su advertencia inicial de no involucrarse con esos aspectos de fondo de la tipicidad, fracasa ante el hecho de que es inevitable tratar a fondo la tipicidad de una norma en blanco.

El principal problema consiste en que admite que se trata de un tipo en blanco pero no desarrolla una teoría consecuente, para ponerla a prueba con el texto que consagra el delito de omisión de control. La clave está en las bastardillas. Entre las diversas tendencias de la teoría de los tipos en blanco, hay una que es radical y garantista que sostiene que para preservar el principio de *nullum crime sine lege*, los complementos de las normas penales sólo pueden ser normas consagradas en leyes y nunca en normas de inferior jerarquía. De manera que cuando Jiménez Jiménez sostiene que un tipo en blanco es el que describe parcialmente una conducta que debe completarse con otro texto legal, se asume que acoge esa tendencia radical garantista. Pero luego dice que el complemento de la norma legal del delito de omisión de control es el Decreto 663 de 1993. Así no se sabe qué teoría del tipo en blanco acoge. Parece que se conforma con la tesis de que como el decreto mencionado tiene fuerza de ley porque fue expedido con base en una autorización legislativa (la Ley 35 de 1993), no hay ningún problema respecto de las garantías de legalidad y tipicidad, no obstante que de todas maneras, aunque formalmente sea un Decreto Ley, implica una intervención administrativa en los elementos de las conductas punibles, que es lo que preocupa al derecho penal.

En la elaboración de la teoría del tipo penal en blanco han concurrido los mejores penalistas del siglo XX. Semejante esfuerzo se debe a que esas normas constituyen una prueba de fuego a los principios de legalidad y tipicidad (*nullum crime sine lege praevia et stricta*). Por eso el rigor en las palabras refleja claridad en los conceptos.

Ahora, si se avanza en la exposición de Jiménez Jiménez, el problema de la ausencia de un fundamento teórico sobre la tipicidad del delito de omisión de control se acentúa:

8. Daniel Fernando Jiménez Jiménez. *Op. Cit.*, p. 42. Bastardillas fuera del texto.

Es de anotar que para conocer a cabalidad los señalados mecanismos de control, resulta indispensable complementar el estudio de los artículos 103 y 104 con el texto de las *Circulares Básica Jurídica* y *Básica Contable* y mencionadas, toda vez que, curiosamente, estos dos artículos *también son normas en blanco*, en la medida en que *dejan a criterio de la Superintendencia Bancaria* algunas de las formalidades, plazos y requisitos complementarios de los controles en comento⁹.

El autor no desarrolla ninguno de los conceptos del párrafo citado, no obstante la polémica que implican varias de sus afirmaciones, de manera que nos quedamos con la mera enunciación y sin conocer cómo puede fundamentarlas.

En primer lugar, señala que el complemento del tipo en blanco no es sólo otra norma sino dos cuerpos normativos enteros: las *Circulares Básica Contable* y *Básica Jurídica*. Dentro de un régimen de culpabilidad que cuenta entre sus principios rectores uno que niega la ignorancia de la ley como excusa absolutoria¹⁰, el destinatario de la norma, es decir, el directivo o el empleado de una entidad financiera, debe conocer los artículos 103 y 104 de *El Estatuto* y la integridad de las dos *Circulares* que menciona Jiménez Jiménez. Esto, sin duda, es un reto para cualquier persona y para la regla de presunción del conocimiento de la ley.

En segundo término, dice que el complemento de una norma en blanco puede ser a su vez otra norma en blanco, “curiosamente”. Para conocer la conducta punible tendríamos que ir del tipo de omisión de control a los artículos 103 y 104 de *El Estatuto* y de éste a una tercera norma. Es decir, Jiménez Jiménez admite que el segundo reenvío por parte de la disposición complementaria es válido.

Por último, dice que la autoridad administrativa puede determinar a su arbitrio ciertos elementos del delito, como “las formalidades, plazos y complementarios de los controles en comento”.

Si recordamos en qué consisten las garantías de legalidad de los delitos y tipicidad (*nullum crime sine lege praevia et stricta*), hay que reconocer que el planteamiento de Jiménez Jiménez las contradice totalmente. De hecho, va en contra de muchos de los postulados de Cury, autor en el que se respaldó y quien, por ejemplo, rechaza categóricamente que una norma en blanco pueda ser completada a su vez por otra norma en blanco, es decir, el segundo reenvío¹¹.

9. Daniel Fernando Jiménez Jiménez. *Op. Cit.*, p. 42. Bastardillas fuera del texto.

10. Uno de los aportes más novedosos y revolucionarios del proyecto de reforma al Código Penal del fiscal general de la nación es la eliminación de la proscripción de la ignorancia de la ley como excusa absolutoria. Esta propuesta no sólo responde a una escuela jurídica, sino a la necesidad de permitir la entrada de la teoría del error directo de prohibición por la puerta delantera del Código Penal y no por la trasera de una jurisprudencia equívoca y contradictoria de la Corte Suprema de Justicia, que en varias sentencias excusó la ignorancia de la ley por parte de jueces pero en otras sancionó la de legos.

11. Enrique Cury. *Op. Cit.*, pp. 96-98.

Finalmente, en el escrito de Jiménez falta claridad teórica sobre la norma penal en blanco, lo que se refleja cuando afirma que ciertos elementos del delito se definen “a criterio” de una autoridad administrativa. Ni el más laxo de los penalistas ha hecho semejante concesión. La certeza jurídica que los ciudadanos deben tener sobre las conductas punibles colapsa cuando ellas se determinan por arbitrio administrativo. La teoría de la legalidad surgió precisamente para frenar los arbitrios administrativos y la teoría de la norma penal en blanco surgió para evitar que a través de una técnica legislativa, el ejecutivo adquiriera el poder arbitrario que el principio de legalidad le quita.

En palabras de Nodier Agudelo Betancur: “Lo que es delito no puede dejarse al arbitrio de nadie, pues lo que sea tal sólo la ley lo determina”¹².

Ahora, pasando a la exposición de Hernández Quintero, su análisis de la tipicidad del delito de omisión de control es del siguiente tenor:

Se trata, ante todo, de un tipo penal en blanco, que requiere para su perfeccionamiento acudir a normas de carácter administrativo contenidas en los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)¹³.

Aunque no es explícito, Hernández Quintero se acoge a una tendencia como la que expone Cury, que admite que el complemento de una ley penal en blanco sea una norma de inferior jerarquía. Su exposición ulterior es consecuente con esta percepción:

Nos parece que la norma no debió referirse en forma particular a esos artículos y al decreto, sino, escuetamente, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o las disposiciones que en tal sentido dicte la Superintendencia Bancaria o la entidad de control y vigilancia encargada de regular el tema, pues se advierte el riesgo de que en una reforma legal se modifique el número del decreto o que se preste a discusión temas como el de preguntarse si tal disposición alcanza a las cooperativas de ahorro y crédito, las cuales están vigiladas actualmente por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (en el futuro las cooperativas financieras serán vigiladas por la Superintendencia Bancaria, Decreto 1688 de 1997)¹⁴.

En forma desconcertante, Hernández Quintero abandona la crítica de la tipicidad de la norma que analiza. En el párrafo transcrito señalé por lo menos tres problemas:

12. Todas las referencias del doctor Agudelo Betancur corresponden a aportes hechos en notas y comentarios personales sobre el tema que muy amablemente hizo el doctor Agudelo al presente texto.

13. Hernando Hernández Quintero. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 476.

14. Hernando Hernández Quintero. *Op. Cit.*, p. 476.

primero, la vigencia de la norma complementaria cuando ella es una referencia específica y no una referencia abierta (art. 103 de *El Estatuto* en vez de “normas sobre control de transacciones en efectivo” o una expresión similar), acotación totalmente pertinente en un país caracterizado por el furor normativo; segundo, la vigencia de la norma penal en blanco respecto de algunos de sus destinatarios y la forma en que una norma penal modifica el alcance de las disposiciones de *El Estatuto*; y, tercero, la extensión a través de una norma penal, del ámbito de regulación de la Superintendencia Bancaria, pues en principio los artículos 103 y 104 tienen como destinatarias a las entidades financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y no a otro tipo de entidades no financieras o no sometidas a ese organismo, mientras que el artículo 247B sobre omisión de control parece que impone el deber de control también a las cooperativas de ahorro y crédito, que no son en principio destinatarias de las normas de *El Estatuto*.

El silencio de Hernández Quintero insinúa su conformidad en cuanto la adecuación constitucional del tipo de omisión de control a la garantía de *nullum crime sine lege stricta*. Aunque en el análisis de la tipicidad identificó problemas, no los debatió ni se propuso resolverlos. A pesar de esto, el texto de Hernández Quintero es consecuente con una posición moderada en el espectro teórico de la ley penal en blanco.

Este es, sucintamente, el “estado del arte” del estudio doctrinario sobre la omisión de control. La jurisprudencia no ha tenido aún oportunidad de hacer conocer su primer pronunciamiento sobre este delito.

V. PRUEBA DE LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS EN EL TIPO PENAL DEL DELITO DE OMISIÓN DE CONTROL

La garantía constitucional de legalidad de los delitos y de las penas es parte fundamental del sistema jurídico democrático de Colombia. Ella impone que sólo una ley puede decir qué conducta es delito y cuáles son las penas asignadas por la realización de esas conductas. El Código Penal tiene una serie de disposiciones que buscan materializar la garantía de legalidad de los delitos y las penas de la Constitución, fundamentalmente a través del principio de tipicidad que se enfoca en el problema de la *lege stricta*. Dichos principios están consagrados de la siguiente manera:

— Artículo 1º. *Legalidad*. Nadie puede ser condenado por hecho que no esté *expresamente (lege stricta)* previsto como delito en ley penal *vigente (lege praevia)* al momento en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella (*nulla poena sine lege*).

— Artículo 3º. *Tipicidad*. La ley penal *definirá* el hecho punible de manera *inequívoca (lege stricta)*.

— Artículo 7º. *Exclusión de analogía*. Salvo las excepciones legales (que versan sobre la *analogía in bonam partem*), queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal, para preservar la garantía de *nullum crime nulla poena sine lege stricta* y así evitar que se sancionen como punibles conductas que “se parecen” a las de la ley penal. Se exige la identidad. La mera semejanza no basta, afirmaba Cury¹⁵.

Como se ve, tanto en la constitución como en la ley penal hay todo un sistema de principios fundamentales para la protección de la garantía de *nullum crime nulla poena sine lege stricta*.

Jerarquías normativas, delegación administrativa y garantía de legalidad

El derecho penal tiene una profunda preocupación porque los delitos y las penas sean únicamente establecidos en la ley; la técnica legislativa de la tipicidad en blanco pone a prueba ese principio. La teoría del tipo en blanco, sumada a las garantías de legalidad y tipicidad buscan controlar intervenciones administrativas indebidas en la definición de conductas punibles cuando por necesidad se acude a esa técnica normativa.

En algunos tipos penales sucede que algún elemento de la conducta queda “en blanco” y se remite a una disposición complementaria para que la “cierre”. Puede tratarse de remisiones a otras normas del mismo ordenamiento legal o a disposiciones también legales que se encuentran en otros códigos (ley penal en blanco impropia), o a normas de categoría inferior a la ley, o expedidas por autoridades diferentes a las legislativas (ley en blanco propia) aun cuando sea en ejercicio de una autorización o delegación legal (decretos con fuerza de ley), siempre y cuando se trate de normas de alcance nacional¹⁶. Donde el principio de legalidad se encuentra más en entredicho es en las leyes en blanco propias y ahí es donde la doctrina ha trabajado con más anhínc. La razón es sencilla: hay una delegación en la autoridad administrativa para determinar parte del contenido de una norma que en principio debe ser totalmente de creación legal.

Cuando las remisiones son internas (en el mismo código o ley) o externas pero *entre leyes*, puede decirse que el principio de legalidad queda preservado por lo menos en cuanto al órgano que se supone debe expedir normas penales: el legislativo¹⁷.

15. Enrique Cury. *Op. Cit.*, p. 8.

16. Esta limitación es válida para los regímenes donde la expedición de leyes está centralizada en un cuerpo nacional. En regímenes federales, donde puede haber leyes regionales, la situación puede variar, como lo advierte Soler, Sebastián, *Op. Cit.*, p. 122.

17. Sin embargo, cada vez el proceso legislativo es más precario y menos participativo, como se demostró en el seguimiento que se hizo al tipo de omisión de control en el Congreso de la República y que ya se expuso (*Ut Supra*, capítulo II *La historia legislativa*), donde resultó evidente que el trámite legislativo no enriqueció la propuesta del ejecutivo ni evitó los errores de técnica normativa que motivan este artículo. Sin embargo, ése es un tema que rebasa el alcance de este artículo pero que debe darse en

Las diferencias entre decretos ordinarios y decretos-leyes son irrelevantes para la teoría de la ley penal en blanco. Lo que importa es cómo y en cuánto interviene la autoridad administrativa en la definición de algo que por principio general debe estar definido en leyes. Los decretos legislativos no alteran el análisis porque la teoría se enfoca no en la denominación de la norma sino en la intervención de la rama ejecutiva.

Si la intervención de la rama ejecutiva no toca para nada los elementos de una conducta punible, la discusión no tendría sentido. Sin embargo, creo que en el Decreto 663 de 1993 lo que en principio aparece como una intervención administrativa inocua, simplemente dirigida a organizar normas legales preexistentes, termina trocándose en una intervención sobre los elementos de la conducta punible y ahí es donde adquiere interés el derecho penal.

El punto es el siguiente: la Ley 35 de 1993 autorizó al Presidente a:

incorporar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí dispuestas y hará en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran, lo mismo que para adoptar un procedimiento administrativo especial para la Superintendencia Bancaria.

El texto de autorización parece inofensivo. El Presidente no podía, por ejemplo, crear normas, ni modificar las existentes. Inclusive parece que el trabajo se reducía a solucionar problemas de titulación, numeración y designación. Por otra parte, todas las normas susceptibles de ser afectadas por el trabajo administrativo eran legales, entre ellas la propia Ley 35 de 1993. El principio de legalidad quedaría intacto. A lo sumo, el Presidente podía “adoptar” un procedimiento administrativo especial para la Superintendencia Bancaria.

Pero creo que la inocuidad de la autorización es sólo aparente. Más adelante veremos cómo casi la totalidad de elementos de la conducta de omisión de control de transacciones en efectivo consisten en procedimientos que la Superintendencia Bancaria ordena, de manera que cualquier decisión presidencial o de otra autoridad sobre dichos procedimientos, termina incidiendo en forma directa en la estructura del delito, porque es su omisión la que se sanciona. Por eso afirmo que para la teoría del tipo en blanco no es muy útil saber si el Decreto 663 de 1993 es decreto-ley, con fuerza de ley u ordinario. En tanto que dicha teoría está destinada a reducir los efectos normativos penales de decisiones ejecutivas, basta la verificación de que dicho efecto se produce para que la teoría entre en pleno juego para preservar las garantías de legalidad y tipicidad.

algún momento, dada la realidad de que cada vez se legisla más en materia penal a través de tipos en blanco, donde la administración tiene injerencia directa en el tipo penal a través de las normas de complemento.

Las normas penales en blanco son cada día más comunes. Cada vez los tipos “cerrados” que describen conductas exhaustivamente, sin remisiones internas o externas, son menos frecuentes. En algunos delitos esto es mucho más cierto. Por ejemplo, casi todo el régimen penal económico es de normas en blanco. La discusión no sólo es pertinente para el derecho penal en general sino particularmente para el derecho penal económico y financiero.

Toda la teoría de la legalidad está orientada a buscar la certeza jurídica de los asociados sobre qué conductas son sancionadas y cuáles no causan la reacción penal del Estado. Y toda la teoría de la ley penal en blanco está orientada a preservar esa certeza en tipos que no describen el comportamiento punible exhaustivamente y por lo tanto abren un margen de incertidumbre en los asociados sobre qué conductas pueden realizar sin generar una reacción penal del Estado.

La legalidad de los delitos y de las penas se concreta en las siguientes pautas:

- La conducta punible debe estar descrita en una norma legal (*nulla crime sine lege*).
- La descripción debe ser exhaustiva (*lege stricta*).
- La existencia de la norma penal debe ser previa a la conducta que se sanciona (*lege praevia*).

Ahora, concentrándonos en la ley en blanco propia, que es aquella que no tiene una descripción completa de la conducta y remite a un ordenamiento inferior para poder agotar la descripción, existen ciertas pautas a las que debe atenerse la norma complementaria para que en la remisión se preserve la legalidad y la tipicidad y se realice la certeza jurídica en los asociados. Las siguientes son pautas que toda norma complementaria debe respetar:

- Debe ser ella misma una norma cerrada (prohibición de segundo reenvío).
- Su integración con la ley en blanco debe producir una norma cerrada (tipicidad del resultado de la integración).
- Debe ser una norma y no un código (reenvío limitado).
- Debe ser restrictiva en comparación con la norma que complementa. No puede ampliarla. Dado que la norma en blanco no pudo precisar en qué condiciones una conducta es punible, debe hacerlo la norma complementaria que en tal sentido no puede establecer que la conducta será punible siempre y en cualquier circunstancia¹⁸.

18. En efecto, si la norma penal en blanco dice por ejemplo que se sanciona la realización de transacciones

— Debe referirse a la misma materia y proteger el mismo bien jurídico (principio de congruencia).

El primer conjunto de parámetros forma el principio de legalidad, cuya concepción y elaboración ha sido el fruto de décadas de trabajo y ha culminado inclusive con una fórmula sacramental (*nullum crime sine lege*). El derecho penal considera la legalidad como un principio rector.

No sucede igual con el segundo conjunto de parámetros, que son aportes de la doctrina penal contemporánea. Ya que debemos admitir la validez de las normas en blanco, hay que elaborar una teoría coherente donde sea compatible la razón práctica de la existencia de los tipos en blanco con el principio de legalidad. Como dijo Cury, ya que todo tipo en blanco atenta de algún modo contra el *nullum crime sine lege*, hay que tener cuando menos una teoría de la ley penal en blanco que coloque límites a esa rendición del principio de legalidad. Puesto que nunca es admisible una rendición total, la norma complementaria debe cumplir las exigencias de la garantía de legalidad, pues desde el momento que se incorpora a una norma penal, deja de ser apreciada como una norma administrativa para ser regulada por los principios del derecho penal. Los tipos en blanco no son una patente de corso a la administración para que regule a su antojo y sin técnica, conductas que se convierten en punibles por efecto de la integración a la norma penal en blanco que hizo la remisión.

Para determinar si una norma penal en blanco cumple con los requisitos para preservar la garantía de legalidad, se pueden realizar varias pruebas. Algunas de estas pruebas se aplican sobre el tipo en blanco en sí y otras sobre las normas complementarias. El fracaso de una sola de esas pruebas viola la garantía de legalidad y la norma debe dejar de aplicarse por vía de excepción por parte de los jueces mientras esté vigente y no se excluya por vía de excepción. En los párrafos siguientes me propongo demostrar que la forma en que la Ley 365 de 1997 reguló la omisión de control al crear el artículo 247B del Código Penal fracasa por lo menos frente a una de esas pruebas.

en moneda extranjera en efectivo, la norma de complemento no puede ampliar las sanciones a transacciones en moneda extranjera que no sean en efectivo o a todo tipo de transacciones en dinero, sea moneda extranjera o nacional, para llevar el ejemplo a su extremo. De igual manera la norma de complemento no puede terminar involucrando todas las conductas posibles. Si la norma en blanco sanciona la destinación de dineros captados del público para sin autorización tomar el control de entidades financieras, la norma de complemento no puede decir que está prohibida la conducta de captar dinero del público y tomar el control de entidades financieras, sino que debe señalar los términos en los que la autorización haría que la conducta fuera legal. De lo contrario, bastaría un tipo cerrado que dijera que se sancionan penalmente las operaciones destinadas a tomar el control de entidades financieras con recursos del ahorro público.

A. Pruebas sobre la norma en blanco

1. *Determinación de la conducta punible sin necesidad de remisión*

El tipo en blanco debe informar suficientemente sobre la conducta que se sanciona. El destinatario, es decir, el empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa de ahorro y crédito, debe saber cuál es la conducta objeto de pena. Para saber esto, Cury recomienda independizar la parte de la norma que contiene la remisión, para analizar si la información sobre la conducta punible es clara:

Omisión de control. El empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omite el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos (...) para las transacciones en efectivo, incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de dos a seis años y multa de cien a diez mil salarios mínimos legales mensuales.

La prueba es superada. El destinatario tiene una advertencia clara de que omitir controles a transacciones en efectivo acarrea una pena. La norma complementaria será la encargada de aclarar y determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que el control que se omite causa la sanción.

2. *Determinación de la norma complementaria*

El tipo en blanco debe señalar qué disposiciones son las que deben cumplir la función de complemento. El artículo 247B es claro en referirse a los artículos 103 y 104 de *El Estatuto*.

Lo que la garantía de legalidad y la certeza jurídica no permiten es que la remisión se haga a un cuerpo normativo completo, como “El Código Civil” o “las normas tributarias”. Decir, como lo dijo Jiménez Jiménez, que el artículo 247B del Código Penal debe ser completado, además de las normas señaladas, por las Circulares Básica Jurídica y Básica Contable, lleva a la incertidumbre jurídica por falta de determinación de la norma complementaria. Esa sugerencia implicaría que el juez legislaría al remitirse a unas normas adicionales y diferentes a las que el tipo penal en blanco ordena en forma directa, causando de paso un defecto que el mismo tipo no tiene.

Una vez que verificamos que el problema no está en el tipo en blanco, debemos probar con la norma complementaria para ver si el defecto de tipicidad surge de ésta.

B. Pruebas sobre la disposición complementaria

Es apenas natural admitir que una norma que se integra a un tipo en blanco, debe atenerse a los principios de las normas penales y particularmente a los de legalidad y

tipicidad en lo que tiene que ver con la descripción exhaustiva de la conducta punible. Se espera que la disposición complementaria cumpla de una vez por todas la función de garantía y certeza jurídica que la norma básica ha dejado “en blanco”, pendiente de definición.

En palabras de Enrique Cury, “la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena”¹⁹.

1. *Prohibición de segundo reenvío*

Hemos dicho que para que se respeten las garantías de legalidad y de tipicidad, la norma complementaria debe “cerrar” el tipo penal, de manera que los ciudadanos destinatarios conozcan con la integración de una y otra, cuál es la conducta sancionada en todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Sin embargo, eso no se logra con la integración de los artículos 103 y 104 de *El Estatuto* al artículo 247B del Código Penal, porque las normas complementarias son, a su vez, normas en blanco, de manera que el tipo penal, el artículo 247B, no se “cierra”, sigue en blanco.

La referencia a los artículos 103 y 104 de *El Estatuto* es lo que hace que la omisión de control sea un delito contenido en una norma en blanco. Veamos entonces si la integración de las normas de *El Estatuto* pueden o no cerrar el tipo penal. Para facilitar el estudio, destacaré en bastardillas las partes donde la norma complementaria queda a su vez en blanco e impone un segundo reenvío.

Artículo 103. *Control de transacciones en efectivo.*

1. *Transacciones sujetas a control.* Toda institución financiera debe dejar constancia, en formulario especialmente diseñado al efecto, de la información relativa a las transacciones en efectivo que realice, en moneda legal o extranjera, cuyo valor sea superior a las cuantías que periódicamente señale la Superintendencia Bancaria.

Estos formularios deberán contener por lo menos:

a) La identidad, firma y la dirección de la persona que físicamente realice la transacción. Cuando el registro se lleve en forma electrónica, no se requerirá la firma.

19. Enrique Cury. *Op. Cit.*, p. 90.

- b) La identidad y la dirección de la persona en nombre de la cual se realice la transacción.
- c) La identidad del beneficiario o destinatario de la transacción, si la hubiere.
- d) La identidad de la cuenta afectada por la transacción, si existiere.
- e) El tipo de transacción de que se trata (depósito, retiro, cobro de cheques, compra de cheques o certificados, cheques de cajero u órdenes de pago, transferencias, etc.).
- f) La identificación de la institución financiera en que se realizó la transacción, y
- g) La fecha, el lugar, la hora y el monto de la transacción.

Las transacciones múltiples en efectivo, tanto en moneda legal como extranjera que en su conjunto superen cierto monto, serán consideradas como una transacción única, si son realizadas por o en beneficio de determinada persona durante el día o en cualquier otro plazo que fije la Superintendencia Bancaria.

Las transacciones realizadas entre instituciones financieras *sujetas a control y vigilancia*, no requerirán de registro especial.

2. *Control de múltiples transacciones en efectivo.* Cuando el giro ordinario de los negocios de un cliente determinado implique la realización corriente de numerosas transacciones en efectivo, la entidad financiera respectiva podrá llevar un registro de transacciones en efectivo en lugar del formulario individual al que se refiere el numeral anterior, en el cual se anotará, por lo menos, toda la información que debe registrarse en dicho formulario, salvo por lo previsto en el numeral 1º de la letra a) de la presente disposición. Las entidades financieras que decidan llevar dichos registros deberán informar mensualmente a la Superintendencia Bancaria las personas que sean objeto de este procedimiento.

Artículo 104. *Información periódica.* Toda institución financiera deberá informar periódicamente a la Superintendencia Bancaria el número de transacciones en efectivo a las que se refiere el numeral anterior y su localización geográfica *conforme a las instrucciones que al efecto imparta ese organismo.*

De ninguna manera el tipo penal de omisión de control se “cierra” cuando integramos las disposiciones complementarias, que claramente a su vez son normas en blanco y hacen segundo reenvío casi siempre a disposiciones de la Superintendencia Bancaria.

Ahora, si consultamos en el segundo reenvío las disposiciones de la Superintendencia Bancaria, el problema se agudiza, porque encontraremos de nuevo que son otra vez normas en blanco, como sucede con el literal a) del inciso segundo del artículo 6.3.4 de la Circular Externa 61 de 1996 de esa entidad cuando dice “según la tasa de cambio del día en que se realice la operación *conforme indique el Banco de la República*”.

Si esto sucede tan sólo teniendo en cuenta las normas del primer reenvío, imaginemos lo que sucede si admitimos que a los artículos 103 y 104 mencionados debemos añadir las Circulares Básica Jurídica y Básica Contable.

El efecto principal del segundo reenvío no es sólo que el tipo en blanco no se “cierra”, sino que la conducta queda sin descripción exhaustiva porque la norma complementaria tiene elementos en blanco, violándose los dos principios fundamentales de tipicidad y legalidad de los delitos.

2. Analogía *in malam partem*

En el derecho penal colombiano hay un principio fundamental que prohíbe aplicar la ley penal en forma analógica, salvo que la analogía sea favorable al procesado. La analogía *in malam partem* está proscrita, pero la analogía *in bonam partem* no lo está²⁰.

En virtud de la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, únicamente pueden ser objeto de persecución y sanción aquellas conductas que correspondan exactamente a lo que la ley señaló como punible. No es posible perseguir penalmente conductas que se parezcan o se asimilen a las de la ley penal.

Ahí es donde está el problema. El literal e) del numeral 1 del artículo 103 transcrito contiene una redacción ciertamente desafortunada desde el punto de vista del *nullum crime sine lege stricta* o principio de tipicidad.

Esa disposición dice que se anotará en el registro de transacciones en efectivo:

h) El tipo de transacción de que se trata (depósito, retiro, cobro de cheques, compra de cheques o certificados, cheques de cajero u órdenes de pago, transferencias, etc.).

20. Esta conclusión es el resultado de la integración de varios principios rectores del Código Penal de 1980.

Por un lado, la norma sobre analogía dice que está prohibida la aplicación analógica de la ley penal “salvo las excepciones legales” (art. 7º). Por otra parte, la norma de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley (art. 6º), legalidad (art. 1º) y tipicidad (art. 3º). Finalmente, en la parte general del Código de 1980 sólo hay excepciones a analogías *in bonam partem*, como sucede con las atenuantes genéricas de los artículos 64 y 65. En el proyecto de Código Penal presentado por el doctor Alfonso Gómez Méndez al Congreso, la proscripción de analogía *in malam partem* es explícita, no es necesario deducirla ni entrecruzar principios rectores.

Aunque parezca intrascendente, el “etcétera” es fatal. Significa que cualquier operación “similar” debe ser reportada y si no se hace, se incurre en el delito de omisión de control. Pero como en Colombia la analogía *in malam partem* está prohibida, no podría proceder acción penal por violación de dicha garantía.

Naturalmente el objetivo de la norma de omisión de control es cualquier transacción en efectivo, sin mirar si se trata de compra de cheques o una transferencia entre cuentas. Lo que sucede es que desde el punto de vista de la tipicidad no valen referencias normativas a título ilustrativo sino que todo cuanto se dice en la norma determina la conducta y restringe su aplicación. Recordemos que toda norma complementaria debe restringir, nunca ampliar, la norma en blanco²¹. Si la norma en blanco habla de “transacciones en efectivo”, la norma complementaria debe decir lo mismo o precisar el concepto para restringirlo.

Desde el punto de vista del *nullum crime sine lege stricta*, el efecto de la descripción de unas específicas transacciones en la norma complementaria restringe la conducta sancionada a la omisión de transacciones en efectivo mediante esas operaciones concretas, es decir que sólo se puede procesar por omisión de control cuando la transacción en efectivo haya versado sobre “depósito, retiro, cobro de cheques, compra de cheques o certificados, cheques de cajero u órdenes de pago, transferencias”, pero no sobre ninguna otra operación.

Ahora, es obvio que el objetivo de la norma era cualquier transacción en efectivo. Pero al haber regulado la norma complementaria mediante la descripción de unas formas concretas de transar efectivo, redujo la aplicación del tipo de omisión de control a esas formas, como resultado de la regla de prohibición de analogía desfavorable y la norma sobre tipicidad. Esto sucede porque la norma complementaria hace parte de un tipo penal y se le extienden los efectos de los principios normativos del Código Penal. Vemos cómo el objetivo de la norma termina nuevamente frustrándose.

Hubiera sido más ajustado a las exigencias de la legalidad de los delitos y las penas, simplemente decir que debe anotarse en el registro “el tipo de transacción de que se trata”, y sancionar su omisión, sin hacer referencias ilustrativas que restringen la aplicación de la norma penal en blanco, salvo que se pase por encima de la proscripción de analogía *in malam partem*, que es una concesión que el derecho penal no puede hacer.

3. Ubicación del poder punitivo en actos discrecionales de la administración

Una de las reglas que mejor materializa la garantía de *nullum crime sine lege stricta*

21. Enrique Cury. *Op. Cit.*, p. 93.

es la prohibición de que en la definición los elementos de la conducta punible queden al arbitrio de la autoridad, sea ésta judicial, administrativa o legislativa.

Una norma penal no puede contener elementos abstractos, pendientes de una definición subjetiva, de decisiones de fuero interno, del arbitrio subjetivo de los funcionarios. La regla de rigor y objetividad en la determinación de los elementos del delito es totalmente vulnerada en estos tipos.

En las normas complementarias del tipo de omisión de control hay varios elementos cuya definición queda al arbitrio de la administración.

Por ejemplo, en el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tenemos los siguientes:

— *En el numeral 2, cuando dice:* “cuyo valor sea superior a las cuantías que periódicamente señale la Superintendencia Bancaria”. En cualquier momento la administración puede fijar a discreción un monto mínimo que genera el reporte de transacciones en efectivo.

— En el inciso segundo del numeral 2, cuando dice que “las transacciones múltiples en efectivo (...) que en su conjunto superen *cierto* monto”, igualmente cuando sostiene que el plazo a tener en cuenta para considerar que varias operaciones conforman una sola, será un día o “cualquier otro plazo que fije la Superintendencia Bancaria”. Hay arbitrio administrativo nuevamente en la cuantía y en el plazo, que son dos elementos sustanciales del delito de omisión de control, que consiste precisamente en no reportar unas operaciones en efectivo de una cantidad de dinero en un plazo determinado, el cual, de acuerdo con la norma complementaria, puede ser “cualquiera” que fije la autoridad administrativa.

Por su parte, en el artículo 104 se incurre en abstracción que termina siendo resuelta al arbitrio de la autoridad cuando dice que el informe se hará “periódicamente” y “conforme a las instrucciones” del organismo de control. Hay una transferencia total de la definición de los elementos de la conducta a la autoridad administrativa.

Para ponerlo en términos más didácticos, veamos cómo sería la situación del destinatario de la norma, que es en quien se debe producir la certeza jurídica de lo sancionado y de lo indiferente.

El ciudadano, un directivo de una entidad financiera, sabe que si omite unos controles será sancionado con pena de prisión. El ciudadano tiene derecho a saber exactamente en qué forma se incurre en la sanción. Como está frente a una norma en blanco, acude a las disposiciones complementarias donde se supone que el tipo penal se “cierra”. Veamos qué sucede si damos respuesta con el texto de las normas:

Pregunta: ¿Qué cuantías deben reportarse?

Respuesta: Las que periódicamente señale la Superintendencia.

Pregunta: ¿A partir de qué cuantía debo reportar cuando son operaciones fraccionadas en un mismo día en favor de una misma persona?

Respuesta: Se reportan las operaciones en favor de una misma persona en un mismo día que en conjunto superen cierto monto.

Pregunta: Si las operaciones se realizan en favor de una misma persona pero en varios días, ¿qué período de tiempo debo tener en cuenta para generar un reporte como si fuera una sola transacción?

Respuesta: Cualquier otro plazo que fije la Superintendencia Bancaria.

Pregunta: ¿Cómo y cuándo debo dar la información periódica del artículo 104 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero?

Respuesta: Se hará periódicamente conforme a las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Bancaria.

Tantas cosas pendientes de un acto discrecional de la autoridad, que puede igual fijar un plazo que otro, atenta contra la garantía de *nullum crime sine lege stricta*. Con la integración de la norma complementaria al tipo en blanco, éste permanece en esa condición, no logra una definición asertiva, clara y concreta de la conducta punible.

Autores muy autorizados consideran que este tipo de normas complementarias implica tanto una amenaza al principio de legalidad de los delitos y de las penas, como una claudicación del Estado de derecho porque se renuncia a favor de la administración, al ejercicio de la función punitiva, que aquélla ejercería en los términos que a bien le pareciera.

Nodier Agudelo Betancur ha apreciado así la situación:

La autoridad administrativa *no puede integrar el tipo como quiera*. Esto es algo que hay que destacar: cuando existe una norma penal en blanco, el reglamento, la ordenanza o acuerdo o resolución administrativa, pasa a ser parte integrante de la norma penal; entonces en relación con ella entran en juego todos los principios de derecho penal demoliberal: estricta legalidad, no retroactividad o sí retroactividad y ultractividad en casos de favorabilidad, etc.

En aras de la protección del Estado de derecho con cuanta más razón hay que ser estrictos en el caso de que *ya no la existencia de la descripción legal es la*

*que está en juego, sino la puesta en marcha del ejercicio de la función punitiva misma*²².

VI. CONCLUSIÓN

La ley penal en blanco no es más que una técnica legislativa que debe respetar los principios y reglas que gobiernan las demás normas penales. Si una disposición penal nunca puede ser abstracta e indeterminada, si jamás puede dejar al arbitrio del juez decir cómo se da un elemento de la conducta, si de ninguna manera puede pasar por encima de la garantía de definición clara, detallada y exhaustiva de la conducta punible, tampoco puede incurrirse en esos resultados a través de las normas complementarias.

El delito de omisión de control tiene una tipicidad defectuosa. Las normas complementarias que deberían concretar la conducta punible, no lo hacen sino que dejan tantos elementos sin definición, pendientes del querer de la administración o sujetas a normas secundarias de tercer nivel por efecto de un segundo reenvío que la garantía constitucional de legalidad y la legal de tipicidad quedan en entredicho, si no definitivamente vulneradas.

Como el defecto no se resolvió en el proyecto de Código Penal del fiscal general de la nación, donde la norma quedó exactamente igual, creo que es oportuno promover un debate ya sea para que la norma se elimine²³, o para que se reforme con una tipicidad respetuosa de las reglas que gobiernan los tipos penales, cosa que veo tremendamente difícil, teniendo en cuenta que las más graves violaciones y defectos que se demostraron suceden no tanto en la norma en blanco como en las normas complementarias de naturaleza administrativa y financiera.

El remedio no está únicamente en una mejor redacción de las normas complementarias cuya expedición es responsabilidad de la administración. Eventualmente ahí la solución es más rápida porque sencillamente el proceso normativo es más ágil. Pero parece que la solución tampoco está en el proceso legislativo, pues los resultados de la indagación de cómo transcurrieron las ponencias y debates en el Congreso revelan un trámite supremamente precario, rendido en lo fundamental a la propuesta presentada por el ejecutivo. Esto causa cierta zozobra entre quienes defendemos la legalidad de los delitos y la teoría del tipo penal en blanco, como dos importantes herramientas para el control del desafuero y la subjetividad en el establecimiento de conductas punibles y reconocemos en esas dos garantías un significativo avance del sistema

22. *Cfr.* Nota 10.

23. Creo que sería mejor, más razonable, sancionar estas omisiones a través de las reglas de la coparticipación en el lavado de activos, que son además más severas que la omisión de control, pues mientras la omisión causa penas de hasta seis años de prisión y 10 mil salarios mínimos de multa, el lavado de activos contempla penas hasta de 15 años de prisión y 50 mil salarios de multa.

democrático basado en el imperio de la ley. Parece que no fuera muy razonable exigir la legalidad de los delitos cuando los resultados del trámite legislativo se reducen al cumplimiento de unas formalidades.

Pero si no se presenta un mejoramiento en los procesos normativos, sean ellos legislativos o ejecutivos, siempre es tiempo de luchar en los litigios por una mejor aplicación de un derecho mejor, invocando la excepción de inconstitucionalidad o ejerciendo las acciones que busquen el objetivo de excluir normas con tipicidad defectuosa. Pero como cualquier cosa relacionada con el lavado de activos es tan sensible en Colombia, no creo que el remedio esté en la reforma de la norma. Eventualmente, el último recurso para un ajuste es la jurisprudencia penal, donde se puede debatir con toda amplitud, profundidad y profesionalismo sobre las garantías de legalidad y la teoría de la tipicidad en blanco para confrontar contra ellas, tipos como el de omisión de control. La jurisprudencia siempre ha ofrecido un espacio para el debate, la competencia de ideas y la controversia de opiniones. Por eso se dice que el derecho “progresas a golpe de sentencias”.