

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA DIGITAL *



Carlos F. Forero Hernández**
Profesor nacional invitado

Para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes.

* El presente texto corresponde a una investigación del proyecto “Retos del derecho penal económico en el siglo XXI: especial referencia al caso colombiano”, adscrito al Grupo Zoon Politikon con código 20-031-SINT de la Universidad de Ibagué.

** Docente del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué. Docente de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Público y Derecho Privado de la Universidad de Ibagué con el módulo derecho penal tributario. Autor del libro “Estudios de derecho penal tributario” publicado por Ediciones Unibagué (2021). También ejerce como asesor tributario con énfasis en procedimientos de discusión gubernativa y en procesos contenciosos administrativos. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico, GEDPE, de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: carlos.hernandez@unibague.edu.co

El autor del presente texto manifiesta su sentimiento de gratitud a Paula Yulieth Arana Guaraca por el apoyo incondicional en todas las iniciativas.

Por lo tanto, no se puede dar a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales¹.

Resumen: El derecho penal económico está llamado a salvaguardar el orden económico social, temática principal tanto de la Constitución económica como del derecho económico. La Constitución económica es aquella Carta que desarrolla aspectos del Estado y de la economía. Si el derecho económico es aquel derecho de la dirección e intervención del Estado en la economía, la Constitución económica es la fuente principal de aquel. En esta dirección, el derecho penal económico contribuye a la realización de la Constitución económica y debe ser dinámico ante la evidente y creciente evolución de los procesos políticos, económicos, sociales y culturales a partir del excesivo empleo de las nuevas tecnologías. Por ello, debe adaptarse a las exigencias del mundo digital, objeto de reflexión del presente texto.

Palabras clave: Constitución económica, Derecho penal económico, Orden económico social, Era digital.

A CONSTITUTION FOR THE ECONOMY AND CRIMINAL ECONOMIC LAW IN THE DIGITAL ERA

Abstract: Criminal Economic Law is called upon to safeguard the social economic order, the principal theme within the Economic Constitution as with Economic Law. The Economic Constitution is the charter document which establishes the framework for aspects of the State and the economy. If Economic Law is that which addresses the oversight and intervention of the State in the economy, the Economic Constitution is the principal source of that Law. In this sense, Criminal Economic Law contributes to the implementation of the Economic Constitution and must be flexible and dynamic in the face of the evident and increasing evolution of the political, economic, social, and cultural processes that arise out the excessive use of new technologies. It must therefore adapt to the exigencies of the digital world. That is the object of reflection of this article.

Key words: Economic constitution, Criminal economic law, Social economic order, Digital era.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-836. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>, 2001, p. 11

Introducción

Se ha dicho bastante que el mundo actual se caracteriza, entre otras cosas, por la combinación de fenómenos, entre ellos, la globalización. El análisis de esta última ha permitido a los estudiosos afirmar que estamos en una modernidad líquida², la cual se identifica con la concurrencia permanente de contradicciones, con la conciencia de que la solución de un problema no resuelve todo, pues ella misma genera otro u otros; estamos en una modernidad que se contrapone a la perdurabilidad. Es dinámico entonces el mundo actual.

La experiencia, por su parte, ha identificado que la economía es una ciencia social dinámica, como una de las aplicaciones de la modernidad líquida. En gran medida, esta se encuentra digitalizada. Lo anterior se debe al evidente desarrollo de los procesos tanto de internacionalización como de globalización³. Es a través de la digitalización que ha introducido extraordinarios cambios en la economía, de ahí la denominación que han venido utilizando los estudiosos: economía digitalizada.

La economía digitalizada propicia, sin duda alguna, el acceso ilimitado a los mercados. Es por esto que el derecho debe adaptarse a esta dinámica; no puede ser la excepción a esta realidad. Si la economía avanza, así debe ser el derecho. Ejemplo clásico de la economía digitalizada: las criptomonedas y su aplicación ya es evidente y creciente. Por ser una nueva aplicación implica un nuevo reto para la academia respecto de su estudio desde varios puntos de vista: económico, social, político, jurídico, cultural. De hecho, también es un nuevo reto para el derecho penal económico para efectos de estudiar los ilícitos económicos que pueden surgir en la economía digital.

El derecho penal económico está llamado a salvaguardar el orden económico social, temática principal tanto de la Constitución económica como

² PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Los principios del derecho penal y el derecho penal económico. En ADAN Nieto y ÓMAR Mejía (coords.), *Estudios de derecho penal económico* (27-98). Ediciones Unibagué, 2009, p. 29.

³ FORERO HERNÁNDEZ, Carlos F. El régimen jurídico de la globalización, ¿derecho comercial internacional o derecho económico internacional? *Indagare*, (8). (2020) <https://doi.org/10.35707/indagare/817>

del derecho económico. La Constitución económica es aquella Carta que desarrolla aspectos del Estado y de la economía. Si el derecho económico es aquel derecho de la dirección e intervención del Estado en la economía, la Constitución económica es la fuente principal de aquel. En esta dirección, el derecho penal económico contribuye a la realización de la Constitución económica y debe ser dinámico ante la evidente y creciente evolución de los procesos políticos, económicos, sociales así como culturales a partir del excesivo uso de las nuevas tecnologías. Por ello, debe adaptarse a las exigencias de la economía digital. Son precisamente estas reflexiones el objeto del presente texto.

Constitución económica

Noción de Constitución económica

De la Constitución económica se han dado tantas nociones como autores se han ocupado del tema. De hecho, si Alarcón Peña⁴ la asume como el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada, la Corte Constitucional ha explicado que ella es “la parte del texto fundamental que sienta los principios superiores que orientan y funda en la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito”⁵.

En este texto se asume que la Constitución económica es aquella que desarrolla aspectos del Estado en su relación con la economía. Esta Carta debe ser compatible con los postulados del Estado social de derecho. De paso, una de las herramientas que contribuyen a la realización de dichos postulados corresponde a la intervención del Estado en la economía. Por ello, la Constitución económica dota al Estado para intervenir en la órbita privada, en el mundo social y económico, en aras de corregir las distorsiones del mercado, contribuyendo a su vez al interés general. De ahí que la interven-

⁴ ALARCÓN PEÑA, Andrea. Constitución económica y sistema económico. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2020.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-865. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>, 2004, p. 9

ción del Estado en la economía es una tarea prioritaria en el contexto de un Estado social de derecho.

Debe agregarse que la Constitución económica estudia los aspectos del Estado y de la economía. Como lo señala Cortina Orts⁶, en los orígenes de la concepción del Estado este último posee al menos cuatro perspectivas: a) como garantía de la paz, que es el interés común de todos sumidos en un estado de guerra; b) como agencia protectora, evitando que cada individuo tome la justicia por su mano; c) como expresión de la voluntad general, en virtud del contrato social; y d) como garante de la libertad trascendental, garantizando libertades. Todas ellas alumbran el nacimiento del llamado Estado de derecho de la tradición demoliberal que garantiza lograr las metas por medio del imperio de la Ley.

El Estado social de derecho, cuyo presupuesto ético es salvaguardar y hacer realidad los derechos humanos (incluyendo los colectivos), surge ante la urgente necesidad de reconocimiento de otros derechos, de otras garantías y de los medios para efectivizarlos. Por eso, el Estado social de derecho es un Estado ético⁷ y Colombia, por la Constitución Política de 1991, es considerada un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria (pero descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales). En este marco, según el artículo 1 de la citada Constitución, el país se funda en a) el respeto de la dignidad humana, b) el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, y c) la prevalencia del interés general.

Por su parte, en cuanto a la economía también se han dado a conocer tantas nociones como estudiosos se han ocupado del tema. Acá se asume que aquella se identifica con el mercado, en el cual convergen la oferta y la demanda de bienes y servicios. Además, la experiencia ha demostrado que el mercado es incapaz de darse sus propias reglas, por lo cual aparece el Estado como responsable de corregir las distorsiones de la economía, así como de dar las reglas conforme a las cuales esta se desarrolla. Esta gestión que se reconoce en la noción de orden público económico permite

⁶ CORTINA ORTS, Adela. El paradigma ético del Estado contemporáneo. En: *Corrupción al descubierto* (112-139). Bogotá: Ediciones Universidad de Los Andes, 1994.

⁷ CORTINA ORTS, Op. Cit.

entender que el Estado intervenga para rectificar las disfuncionalidades de la economía (o del mercado). Es de destacar que la teoría de la intervención del Estado en la economía cuenta con un fundamento constitucional que se encuentra en el artículo 334 de la Carta Política.

El sistema de economía adoptado en Colombia y conocido como economía social de mercado se constituye en otra temática tanto de la Constitución económica como del derecho económico⁸. Este sistema es compatible con los postulados de la fórmula del Estado social de derecho y en él se admite que la empresa sea uno de los motores de desarrollo económico social. Por otro lado, en este se le asigna al Estado la obligación de intervenir en la economía con el fin de corregir las distorsiones del mercado (o de la economía). En esta dirección, la intervención del Estado es una garantía indispensable en un Estado social de derecho.

Noción de intervención del Estado en la economía

La noción de orden público se identifica con la teoría de la intervención del Estado en la economía. Así lo da a entender la Corte Constitucional cuando señala que el orden público económico es “el sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país [...] una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de la libre empresa y garantizar el interés colectivo”⁹.

De esta manera, la economía no puede existir por sí misma sin la existencia del orden público económico. Es más, en la era digital, la presencia del Estado es indispensable para corregir las distorsiones de la economía digital (o del mercado digital).

Hernández Quintero entiende que la intervención del Estado en la economía es “el conjunto de normas con las cuales se pretende regular y deli-

⁸ Entendemos por derecho económico como el derecho de la dirección e intervención del Estado en la economía.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-636. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-636-00.htm#:~:text=Cualquier%20persona%20capaz%20de%20contratar,un%20contrato%20de%20servicios%20p%C3%BAblicos,2000,p.14>.

mitar la autonomía de los particulares a fin de garantizar el logro de los intereses de la comunidad, esto es, el bien común”¹⁰. Esta noción es de gran trascendencia por cuanto clarifica que el Estado debe intervenir en la economía para corregir las disfuncionalidades de la misma, en aras de garantizar el bien común. Este último (el bien común) es un concepto jurídico indeterminado, pero se identifica con el deseo de superar la concepción individualista de quien busca y obtiene su propio beneficio. Es bueno señalar que es en la Constitución Política de 1886 donde encontramos el primer antecedente de la dirección e intervención del Estado en la economía (aunque algunos consideran que no es del todo cierto) y el inspirador de dicha noción en Colombia fue Darío Echandía¹¹.

De esta manera, es el Estado quien debe intervenir en la economía para corregir las distorsiones de la misma, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, la economía no puede ser dirigida por los particulares dado que a estos no les preocupa la economía del país, la cual es una tarea constitucional prioritaria y propia del Estado. De hecho, se ha identificado que el papel del fin social de la empresa está en decadencia, por cuanto algunos empresarios están más preocupados por la productividad de sus bienes (su único objetivo es el ánimo de lucro), que por el cumplimiento del fin social. Esto se encuentra demostrado más aún en tiempos de crisis.

Además, no se puede seguir el paradigma según el cual Colombia tiene un *amigo* que lo apoya para enfrentar las crisis: Estados Unidos, país que pasó de ser el primer acreedor del mundo a convertirse en el más endeudado de la historia de la humanidad. En este sentido, la deuda total de sus hogares, sus empresas y su Gobierno equivale, aproximadamente, al producto interno bruto de todo el mundo. Es el Estado quien debe preocuparse por la economía y por otros problemas. Si los problemas son internos es aquel quien debe trabajar para solucionarlos y mejorar internamente.

¹⁰ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. Los delitos económicos en la actividad financiera. Bogotá: Ediciones Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1991, p. 21.

¹¹ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio. El maestro Darío Echandía y la intervención del Estado en la economía. En HERNANDO Hernández (coord.), Echandía. Memorias del centenario de su nacimiento (157-162). Ediciones Unibagué, 1998, p. 162.

Por su parte, la Corte Constitucional¹² ha indicado que la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, como pasa a explicarse: a) *global*: cuando versa sobre la economía como un todo; b) *sectorial*: cuando recae en una determinada área de actividad; c) *particular*: cuando apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; d) *directa*: cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos; e) *indirecta*: cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha, sino al resultado de la misma; f) *unilateral*: cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica; g) *convencional*: cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; h) *por vía directiva*: cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados; i) *por vía de gestión*: cuando el Estado se hace cargo él mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas.

Se advierte que la dirección e intervención del Estado en la economía, señalada en el artículo 334 constitucional, es compartida entre la rama legislativa y la rama ejecutiva. Así lo han resaltado tanto la doctrina del derecho penal económico, entre ellos Hernández Quintero¹³, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Constitución económica está protegida por el derecho penal económico

En gran medida, los aspectos tanto del Estado como de la economía regulados por la Constitución económica se encuentran negativamente afectados ante la existencia de ilícitos contra el orden económico social. Ejemplo de estos ilícitos: los delitos económicos, los cuales hacen que se dificulte la labor tanto de la Constitución económica como de la intervención del Estado en la economía. Ante esta situación, aparecen varias modalidades del derecho sancionatorio (entre otros, el derecho administrativo sancio-

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm> 2003, p. 11.

¹³ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. Los delitos económicos en la actividad financiera. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2020.

natorio y el derecho penal económico) que se encargan de controlar dichos ilícitos. Es de destacar que el derecho penal económico es producto de las distintas intervenciones del Estado en la economía. De ahí que la Constitución económica esté protegida tanto por el derecho administrativo sancionatorio como por el derecho penal económico.

Debe señalarse que la intervención del Estado en el control de infracciones al orden económico social ha dado lugar también a la proliferación de normas penales. Muchas de esas disposiciones cuentan con bastantes defectos de redacción, que favorecen la generación de (más) impunidad. Por ello, no se trata de más regulación penal sino de mejor regulación, de manera que se logre un derecho penal económico eficaz y eficiente. Para lograrlo, el legislador debe contar con un buen equipo de expertos o especialistas en asuntos como los delitos económicos. Lo anterior se debe a que se ha demostrado con suficiencia que el estudio del derecho penal económico no es nada sencillo y, de paso, ¿cómo será cuando se trata del juzgamiento y de la sanción de los delitos económicos? Se repite: se debe trabajar por un derecho penal económico eficaz y eficiente. Abordados ya los aspectos de Constitución económica, enseguida se reflexionará sobre el derecho penal económico.

Derecho penal económico

Noción de derecho penal económico

A pesar de que se tiene al derecho penal como la *ultima ratio* del derecho (o del control social), ha sido necesario incluir el contenido económico en el ordenamiento penal para controlar los delitos contra el orden económico social. De ahí la denominación del derecho penal económico o derecho penal socioeconómico.

Debe decirse que en la literatura jurídica se encuentran muchas nociones acerca del derecho penal económico y que, de hecho, algunos lo entienden como aquel referido a los delitos económicos y de las penas; otros indican que es el derecho que estudia la criminalidad organizada. Es bueno indicar que la primera obra que realizó una aproximación al tema del derecho penal económico en Colombia corresponde al libro *Los delitos económicos*

en la actividad financiera, de Hernández Quintero, obra jurídica que hasta la fecha de publicación de esta revista cuenta con nueve ediciones¹⁴.

En este texto se considera que el derecho penal económico es el que protege el orden económico social, temática principal tanto de la Constitución económica como del derecho económico. Si la Constitución económica es aquella Carta que desarrolla aspectos del Estado en relación con la economía, el derecho económico es el derecho de la dirección e intervención del Estado en la economía. Igualmente, la Constitución económica es la fuente principal del derecho económico. El derecho penal económico no puede ser estudiado como una rama del derecho económico sino del derecho penal común, por cuanto el derecho económico estudia la intervención del Estado en la economía, en tanto que el derecho penal se encarga del estudio de los delitos. Es por eso que algunos afirman que el derecho penal económico es un campo específico del derecho penal común.

A este respecto, Pérez Pinzón indica que el derecho penal económico es “el que estudia particularmente las infracciones contra el orden económico, al que en algunas oportunidades se añade lo social para aludir a la organización económico-social o al orden socioeconómico de un país”¹⁵. A propósito de esta noción, tenemos un comentario: no todas las infracciones contra el orden económico social son del derecho penal económico, dado que algunas de ellas también hacen parte del derecho administrativo sancionatorio. Y así lo da a entender Hernández Quintero¹⁶ cuando señala que existen otras conductas que atentan contra el orden público económico, cuya conservación se ha encargado al derecho administrativo sancionador.

De esta manera, una infracción contra el orden económico social puede ser un delito (derecho penal económico), o una infracción administrativa (derecho administrativo sancionatorio). Además, puede suceder y sucede que, en determinados eventos, una infracción podrá ser a la vez infracción administrativa y delito, sin que por ello pueda hablarse de una presunta

¹⁴ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2020.

¹⁵ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Los principios del derecho penal y el derecho penal económico*. En ADAN Nieto y ÓMAR Mejía (coords.), *Estudios de derecho penal económico (27-98)*. Ediciones Unibagué, 2009, p. 32.

¹⁶ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A., *Op cit.*, 1991.

vulneración del principio de prohibición de doble incriminación, por cuanto la naturaleza de cada una de estas conductas es diferente. Así, el derecho penal económico es el que estudia particularmente *los delitos* contra el orden económico social.

Siguiendo con la noción de derecho penal económico, Bajo Fernández (citado por Hernández Quintero)¹⁷ explica que este derecho penal es definido en dos sentidos. En un sentido estricto, como un conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. Y en un sentido amplio, como conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación de la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios. Ejemplos de delitos económicos en sentido estricto son el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, la evasión fiscal, el lavado de activos, el contrabando, la omisión del agente retenedor o recaudador, entre otros. Ejemplos de delitos económicos en sentido amplio son la usurpación de marcas y patentes, el uso ilegítimo de patentes, la violación del secreto industrial, entre otros.

Por su parte, Bernate Ochoa¹⁸ entiende el derecho penal económico como “la rama del derecho penal que se encarga del estudio de la delincuencia económica”, en cuyo campo de estudio se aborda con frecuencia la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sobre la conveniencia de contemplar en Colombia la responsabilidad penal de los entes colectivos se ha dicho de todo, a favor y en contra. De hecho, algunos consideran la inconveniencia de contemplar la responsabilidad penal de la persona moral bajo el argumento de que la persona jurídica carece de capacidad de acción, de pena y de culpabilidad¹⁹. Igualmente, se ha dicho que ella carece de capacidad para ser procesada, por la imposibilidad de aplicar la detención preventiva²⁰.

¹⁷ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A., Op cit., 1991.

¹⁸ BERNATE OCHOA, Francisco. Estudios de derecho penal económico. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2006, p. 23.

¹⁹ RUIZ SÁNCHEZ, Germán Leonardo. Tratamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia. En HERNÁNDEZ Hernández (coord.), *Cuadernos de derecho penal económico n.º 3* (55-88). Ibagué: Ediciones Unibagué, 2011.

²⁰ BERNATE OCHOA, Op cit.

Empero, Ruiz Rengifo insiste en la conveniencia de contemplarla, porque la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece a razones político-criminales, “por lo que el método no está en la dogmática sino en la política criminal”²¹. Para él, el criterio de mayor atención es la responsabilidad y no la culpabilidad. Es relevante señalar que se encuentra demostrado que hay empresas creadas como vehículos idóneos para realizar delitos, de donde surge la necesidad y conveniencia de contemplar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Consideramos que es conveniente ampliar o fortalecer la aplicación de la figura de extinción de dominio para la lucha contra la criminalidad organizada (dentro de ella se encuentran las personas jurídicas creadas como vehículos para la realización de delitos económicos). Este instrumento procesal ha permitido la transferencia al Estado de bienes adquiridos a través del desarrollo de actividades ilícitas, a fin de que estos sean utilizados en la lucha contra la delincuencia económica (o criminalidad organizada, para algunos), así como en programas de inversión social.

No menos importante es indicar que en el derecho penal económico también se estudia el delito de cuello blanco y se identifica con la comisión de hechos delictivos perpetrados por personas poderosas (en gran parte, por quienes poseen una elevada condición social) y respetables (en gran medida, con educación superior) y vinculadas con actos de corrupción (pública o privada). Se debe advertir que los delitos de cuello blanco no tienen que estar tipificados en la Ley penal con esa denominación. No constituyen una categoría jurídica. Es solamente para fines de caracterizar una serie de conductas antisociales complejas (delitos económicos, por ejemplo) así como los rasgos comunes en función de sus autores o partícipes (empresarios, hombres de negocios, profesionales, personas de alta clase social, personas poderosas, etc.). Por dichas características y rasgos, la doctrina ha concluido que los delitos de cuello blanco son ilícitos de difícil prueba.

Se culmina este apartado con señalar las características del derecho penal económico que son las mismas de un derecho penal garantista: a) *público*: la función de establecer conductas punibles a ilícitos tributarios pertenece de manera exclusiva el legislador, que es la aplicación del principio de

²¹ RUIZ RENGIFO, Op cit., p. 109.

legalidad de los delitos y de las penas; b) *subsidiario*: el derecho penal solo debe emplearse como la ultima ratio de los medios de solución; c) *fragmentario*: parte de que no todo lo que infringe la norma ha de ser castigado con una pena y, por el contrario, solo sectores reducidos de lo que es ilícito, justifica su aplicación; d) *personalísimo*: la sanción solo puede imponerse a los responsables y no debe afectar a terceros ajenos a estos; y e) *de acto y no de autor*: se sanciona a las conductas ejecutadas por el sujeto.

El bien jurídico en el derecho penal económico

El derecho penal económico está conducido por los mismos principios del derecho penal común²². En este sentido, ambos poseen la misma función de la pena relacionada con la función de protección, la cual, en los dos casos, se centra en los bienes jurídicos, cuya determinación a proteger debe partir de la Constitución Política. Esta última es vista como el límite impuesto al legislador al momento de crear tipos penales orientados a la protección de bienes jurídicos. Así, es el legislador quien, por razones de política criminal, determina los ilícitos como delitos o infracciones administrativas, así como los bienes jurídicos a proteger.

Sobre la función del derecho penal se han escrito muchas reflexiones y apreciaciones. Por ejemplo, Roxin sostiene que el derecho penal protege bienes jurídicos (doctrina mayoritaria). Otros estudiosos, entre ellos Jakobs, insisten en que el derecho penal protege la vigencia de la norma (doctrina minoritaria)²³. En este texto se acoge la primera explicación, pues se coincide con la teoría que resalta la existencia del bien jurídico. Así, el derecho penal protege bienes jurídicos, esto es, evita la comisión de delitos o lesiones a los bienes jurídicos protegidos y limitados por la Constitución Política.

Ahora bien, mientras que el derecho penal común está dirigido a los intereses particulares, el derecho penal económico salvaguarda los intereses colectivos. Ejemplo de los últimos: el bien jurídico orden económico social

²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico. Madrid: Ediciones IUSTEL, 2012.

²³ PENILLA RODRÍGUEZ, Alejandro. El bien jurídico en el derecho penal económico. Buenos Aires: Editorial BdF, 2019.

que se identifica con la regulación o reglas de intervención del Estado en la economía. Como se señaló, la intervención del Estado en la economía cuenta con fundamento constitucional que se encuentra en el artículo 334. En este contexto, el bien jurídico a proteger en el derecho penal económico es el orden económico social. De paso, como la Constitución económica estudia los aspectos del Estado y de la economía, entonces el derecho penal económico está llamado a contribuir a la realización de la Constitución económica.

El derecho penal económico es un derecho dinámico

El derecho penal económico es dinámico, por cuanto depende en gran medida de las políticas económicas utilizadas por el Estado y de sus reglas de intervención en la economía. En este sentido, si las políticas económicas son cambiantes, el derecho penal económico debe avanzar a ese ritmo. Por eso, tiene razón Hernández Quintero al señalar que el derecho penal económico se ha convertido en una de las ramas más dinámicas del derecho, porque “las variaciones constantes en los fenómenos económicos obligan al legislador a renovar y modificar las normas con las que se pretende ordenar esta actividad y desde luego, sancionar, a quienes se apartan de los lineamientos en esta materia”²⁴.

De hecho, la evidente y creciente transformación de los procesos políticos, sociales, económicos y culturales obligó a las personas a ser virtuales y aceleró su historia, generando una nueva historia. De esta forma, se ingresó a un nuevo mundo que es el mundo digital, que plantea la necesidad de nuevas reglas para los procesos mencionados. Por ello, el derecho penal económico debe adaptarse a ese nuevo mundo con nuevas exigencias y apuntar por un mundo digital ético. Como lo indica Ruíz Rengifo, “nuestra misión en esta nueva era digital es crear nuevos mecanismos o herramientas para nuestra sociedad en firme compromiso con las buenas prácticas, la ética”.²⁵ De ahí que se necesite un mundo ético, con valores y principios.

²⁴ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. Los delitos económicos en la actividad financiera. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2020, p. 41.

²⁵ RUIZ RENGIFO, op cit, 2020, p. 95.

Lo digital no es exclusivamente para las personas naturales, también para las jurídicas con facetas nuevas relacionadas con el teletrabajo, la moneda virtual, los libros digitales, los vehículos autónomos, los capacitadores robots, entre otras. Además, lo digital también es para el Estado, el cual debe trabajar por una administración pública electrónica y de justicia digital, entre otras tareas para garantizar los principios de eficacia, eficiencia y celeridad en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Es de indicar que las autoridades administrativas deben preocuparse más por la eficacia administrativa, pese a que hemos encontrado funcionarios bastantes eficientes en el desarrollo de sus labores se ha identificado que su eficacia es (muy) mínima. La eficiencia es importante, pero la eficacia es más importante. De ahí que debemos distinguir lo ligero de lo indispensable. No hay nada tan inoficioso realizar con bastante eficiencia aquello que no hay que realizar.

Se debe destacar que la insuficiencia (o incapacidad) de las infraestructuras tradicionales del derecho procesal penal (económico) para detectar, investigar, perseguir y sancionar, así como la sofisticación de delitos económicos, como por ejemplo, el ilícito del lavado de activos, que aprovecha las tecnologías de información y la transnacionalidad de los efectos del crimen, hace indispensable que el derecho penal económico se articule con la cooperación internacional y la política criminal global. De lo anterior es fácil afirmar que el factor de gran trascendencia en la evolución del derecho penal económico corresponde al progreso tecnológico.

Se coincide entonces por quienes afirman que la colaboración internacional también resulta imprescindible para controlar los ilícitos económicos que realizan las grandes corporaciones (en esto, hay que advertirlo, se ha establecido que hay empresas creadas como vehículos idóneos para realizar lavado de activos, por ejemplo). Enseguida se abordará el ilícito del lavado de activos en la era digital, como uno de los grandes temas del derecho penal económico desde la economía digital.

Lavado de activos en la era digital

Como se indicó, la era digital ha creado nuevas exigencias para los procesos políticos, sociales, económicos y culturales. Por tanto, si el derecho no puede ser ajeno a esa realidad, menos lo ha de ser el derecho penal económico,

por cuanto este depende en gran medida de las políticas económicas del Estado y de sus reglas de intervención en la economía. Así, el derecho penal económico está llamado a salvaguardar el orden económico social ante los ilícitos económicos que pueden surgir en los procesos de la era digital.

El estudio acerca de la comisión de conductas antisociales a través de internet (comisión de delitos informáticos), también ha aportado tanto al derecho informático como al derecho penal. En cuanto al derecho penal, ello sucede porque este ha logrado obtener una serie de elementos que ameritan un tratamiento especial frente a estas conductas. En efecto, Colombia ya cuenta en la cartilla de penas con un catálogo de delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos, así como contra de los sistemas informáticos. Se resalta que el *modus operandi* en esta clase de ilícitos es difícil de detectar.

Debe decirse que el derecho penal colombiano ha avanzado bastante en el estudio de la informática, aunque falta mucho por trabajar, asunto sobre el cual se han escrito muchas reflexiones y apreciaciones. De hecho, algunos penalistas han propuesto vincular este estudio de los delitos informáticos con la denominación de *cibercrimen*. Otros reconocen el derecho penal informático como una rama del derecho penal y no del derecho informático o de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

El derecho penal económico, por su parte, no es ajeno al estudio acerca de las conductas antisociales a través de internet o medios informáticos, por cuanto se ha identificado que el uso de las tecnologías también es aprovechado para la comisión de delitos económicos, como el lavado de activos, por ejemplo. Por ello, algunos estudiosos han denominado a este evento como el *ciberlavado*. Este es uno de los grandes temas del derecho penal económico desde la economía digital.

Según Hernández Quintero, el lavado de activos es “el proceso mediante el cual se ingresa al sector financiero recursos provenientes de actividades ilícitas y las posteriores operaciones tendientes a separar el dinero de su origen y evitar seguir su rastro, a fin de lograr luego su incorporación a la economía, con la apariencia de proceder de actividades legales”²⁶. De

²⁶ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. El lavado de activos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 33.

esta manera, para que haya lavado de activos indispensablemente debe preexistir un activo de origen ilícito que requiere ser lavado. Es por ello que el legislador a través del artículo 323 del Código Penal ha enlistado de manera expresa los delitos que generan el lavado de activos y es lo que la doctrina denomina delitos fuente o subyacente.

Por su parte, las etapas o fases en el lavado de activos son explicadas de la siguiente manera: a) *obtención*: recolección de dineros como resultado de una actividad ilícita, del enriquecimiento ilícito de particulares, por ejemplo; b) *colocación en el sector financiero*: entrega de dinero resultado de una actividad ilícita a una entidad financiera, por ejemplo; c) *ensombrecimiento o estratificación*: mezcla con fondos o recursos de origen legal con una serie de operaciones; y finalmente d) *integración*: regreso del dinero al mercado de donde inicialmente salió²⁷.

A partir del estudio de estas fases se ha comprobado que, por ejemplo, las transferencias electrónicas son vistas como el método más eficaz para el ensombrecimiento del dinero proveniente de actividades ilícitas. De ello surge una gran dificultad probatoria a cargo del Estado frente a la responsabilidad penal por el delito de lavado de activos a través de medios informáticos (en este caso, las transferencias electrónicas, por ejemplo).

Al ser un ilícito de contenido económico, el delito de lavado de activos es un punible de difícil prueba, por lo que una vez más se comprueba que el derecho penal económico es bastante especializado. Por tanto, surge la necesidad (más que la sola conveniencia) de formar grupos especializados para perseguir este odioso comportamiento contra el orden público económico a través de medios informáticos. De ahí que la formación requiere una base humana previamente calificada (técnico, empresarial, financiero, contable, etc.), ya que el éxito para la adecuada prevención e investigación de ilícitos económicos requiere, en gran medida, la asimilación de conocimientos complejos.

Es más, en relación con las criptomonedas (o criptoactivos) como aplicación del *marketing* digital, dichos activos digitales perfectamente “podrán ser vehículos para lavar activos, pues independientemente del valor de los *bitcoins* una persona puede dar bienes ilícitos y recibir el pago en *bitcoins*

²⁷ HERNÁNDEZ QUINTERO, Op cit., 2017.

para después ser convertidos en moneda”²⁸. Ahora bien, si la doctrina atestigua que el punible de lavado de activos es un delito de difícil prueba, será aún más difícil si el lavado se realiza con los criptoactivos. Debe añadirse que el crimen organizado ha logrado (y sigue logrando) aprovechar las ventajas tecnológicas de la economía digital, así como la ausencia de regulación en el intercambio de criptoactivos para explorar nuevas modalidades de lavado de activos. Ello hace que la prueba en el delito de lavado de activos se torne difícil.

Por eso se insiste en la necesidad y conveniencia de que el Estado se preocupe por regular y controlar los criptoactivos, desafío que no es nada fácil pero tampoco imposible. De hecho, si se adopta la administración de riesgos de lavado de activos respecto de los criptoactivos, esta debe ser realizada de manera eficiente a través de sólidas políticas y mecanismos que entiendan la realidad técnica y económica de dichos activos²⁹.

Finalmente, quiere señalarse que el tema del lavado de activos en la era digital requiere de mayor atención por parte de las autoridades. Esto obedece a que tal delito se ha constituido en un problema de grandes dimensiones para la economía, debido a los altos costos sociales y económicos que genera. Dentro de estos se destacan, por ejemplo, desequilibrios en materia fiscal, efectos negativos sobre el gasto público, afectación al crecimiento y desarrollo del país y desestabilización de la democracia. Este es el gran reto del derecho penal económico en la era digital: adaptarse a las nuevas realidades y procesos de esta.

Conclusiones

- El derecho penal económico está llamado a salvaguardar el orden económico social, temática principal tanto de la Constitución económica como del derecho económico.

²⁸ FORERO HERNÁNDEZ, Carlos F. Los criptoactivos en medio de la crisis por Covid-19 y su factible utilización para la evasión tributaria y el lavado de activos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2020, 1(372), 117-128, p. 124 En http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/149

²⁹ FORERO HERNÁNDEZ, Carlos, Op cit.

- La Constitución económica es aquella Carta que desarrolla aspectos del Estado y de la economía, los cuales son estudiados y conducidos por el derecho económico.
- El derecho penal económico contribuye a la realización de la Constitución económica.
- El derecho penal económico debe ser dinámico ante la evidente y creciente evolución de los procesos políticos, económicos, sociales y culturales. Además, a partir del excesivo empleo de las nuevas tecnologías, debe adaptarse a las exigencias del mundo digital.
- Los avances tecnológicos también abren oportunidades a los *ciber-criminales* para cometer delitos económicos como, por ejemplo, el lavado de activos. Por tanto, el derecho penal económico debe actuar.
- A partir del estudio de las fases o etapas en el lavado de activos (obtención, colocación, ensombrecimiento e integración), se ha comprobado que, por ejemplo, las transferencias electrónicas son vistas como el método más eficaz para el ensombrecimiento del dinero proveniente de actividades ilícitas. No obstante, la prueba de ese ilícito a través de la información (o de los medios informáticos) será más difícil.
- En cuanto a las criptomonedas como aplicación del *marketing* digital, dichos activos digitales perfectamente podrán ser vehículos para lavar activos, pues independientemente del valor de los *bitcoins* una persona puede dar bienes ilícitos y recibir el pago en *bitcoins* para después ser convertidos en moneda. Por tanto, surge la necesidad y conveniencia de que el Estado se preocupe por regular y controlar los cryptoactivos, desafío que no es nada fácil pero tampoco imposible.
- El tema del lavado de activos en la era digital requiere de mayor atención por parte de las autoridades, por cuanto este ilícito se ha constituido en un problema de grandes dimensiones para la economía.
- Entonces, el gran reto del derecho penal económico en la era digital equivale a adaptarse a las nuevas realidades y procesos de ésta.

Bibliografía

- ALARCÓN PEÑA, A. (2020). *Constitución económica y sistema económico*. Bogotá: Ediciones Ibáñez.
- BERNATE OCHOA, F. (2006). *Estudios de derecho penal económico*. Bogotá: Ediciones Ibáñez.
- CORTINA, A. (1994). El paradigma ético del Estado contemporáneo. En *Corrupción al descubierto* (pp. 112-139). Ediciones Universidad de Los Andes.
- FORERO HERNÁNDEZ, C. F. (2020) El régimen jurídico de la globalización, ¿derecho comercial internacional o derecho económico internacional? *Indagare*, (8). <https://doi.org/10.35707/indagare/817>
- FORERO HERNÁNDEZ, C. F. (2020). Los criptoactivos en medio de la crisis por Covid-19 y su factible utilización para la evasión tributaria y el lavado de activos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(372), 117-128. http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/149
- HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. (1991). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ediciones Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. (1998). El maestro Darío Echandía y la intervención del Estado en la economía. En HERNANDO Hernández (coord.), Echandía. Memorias del centenario de su nacimiento (157-162). Ediciones Unibagué.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. (2017). *El lavado de activos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez
- HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. (2020). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ediciones Ibáñez
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2012). *Derecho penal económico*. Madrid: Ediciones IUSTEL
- PENILLA RODRÍGUEZ, A. (2019). *El bien jurídico en el derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial BdF.
- PÉREZ PINZÓN, Á. O. (2009). Los principios del derecho penal y el derecho penal económico. En A. Nieto y Ó. Mejía (coords.), *Estudios de derecho penal económico* (pp. 27-98). Ibagué: Ediciones Unibagué.

- RUÍZ SÁNCHEZ, G. L. (2011). Tratamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia. En H. Hernández (coord.), *Cuadernos de derecho penal económico n.º 3* (pp. 55-88). Ibagué: Ediciones Unibagué.
- RUÍZ RENGIFO, H. W. (2020). El derecho penal pragmático. Un análisis en los tiempos del Covid-19. En S. Mondragón y C. Forero (coords.), *Tendencias actuales del derecho* (pp. 79-112). Bogotá: Ediciones Ibáñez.
- SENTENCIA C-636. (2000). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-636-00.htm#:~:text=Cualquier%20persona%20capaz%20de%20contratar,un%20contrato%20de%20servicios%20p%C3%ABablicos>
- SENTENCIA C-150 (2003). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm>
- SENTENCIA C-865. (2004). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>

