

TRATAMIENTO LEGISLATIVO DIFERENCIAL DE LAS CONDUCTAS QUE AFECTAN DERECHOS INDIVIDUALES Y SOCIALES, EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL*

Doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS
Magistrado del Honorable Tribunal Superior de Cali. Profesor
de la Universidad San Buenaventura.

I

A primera vista consideraríamos que los delitos que protegen el orden económico social, ninguna relación tienen con aquellos que defienden el patrimonio individual, pero si esa comparación la concebimos para determinar cuál es el tratamiento punitivo que el legislador colombiano da a las conductas que protegen derechos individuales y a las que defienden derechos sociales, surge la importancia de establecer una relación entre estos dos títulos del nuevo Código Penal que nos servirán para llegar a conclusiones desconcertantes.

En honor a la brevedad haremos una mención muy esquemática de cuáles son los cambios e innovaciones que se introducen en relación a las conductas protectoras de estos bienes jurídicos, para luego hacer un breve análisis de la interrelación existente entre el agente y la víctima en las dos instituciones y finalmente comparar la punibilidad que se da a todas estas figuras y las consecuencias que de este tratamiento podemos extractar.

II

El título que contempla los *Delitos contra el patrimonio* inicia su modificación con el cambio de nombre utilizando el vocablo "patrimonio", mucho más adecuado que el de "propiedad", pues los tratadistas han sido unánimes en aceptar que el Código Penal no solo protege el derecho de propiedad, sino también la mera tenencia, la posesión, etc., y por tanto al usar el vocablo "propiedad" se estaba dando una idea restringida del derecho que efectivamente protegía. Al aludirse a patrimonio, debemos entenderlo como la universalidad de bienes, derechos reales y personales que tiene una persona natural o jurídica.

* El presente es el texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali, el 29 de marzo de 1980, por invitación del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca y la Universidad Libre, Seccional Cali. Este trabajo ha sido publicado ya en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, núm. 3, 1980, y se reproduce con las debidas autorizaciones.

La segunda innovación importante es la desaparición del "robo" como delito autónomo, para convertirse de manera mucho más técnica en un hurto calificado por la violencia, la indefensión de la víctima o el escalamiento, etc. (art. 350), o, en otros casos, en un hurto agravado al cometerse en despoblado (art. 351, num. 9).

De esta manera se suma nuestro legislador a la corriente legislativa dominante en la mayoría de los códigos contemporáneos.

Debemos igualmente destacar como un buen avance técnico, la desaparición del atraco (art. 405), forma imperfecta del robo que antitécnicamente quiso consagrarse de manera autónoma, justificándolo con la argumentación de que el atraco proliferaba en nuestra capital y era menester darle un tratamiento punitivo diverso del que surgiría de la conjugación del dispositivo amplificador del tipo.

Se tipifica en el art. 352 el hurto de uso, conducta que se ha venido aplicando doctrinariamente por los jueces, pero no sin ciertas dudas ni unanimidad de criterios. Al consagrarse de manera expresa se eliminan las controversias que su aplicación pudiera haber despertado.

Surge igualmente como una nueva conducta típica, el hurto entre condueños (art. 353), solucionándose con ello un gravísimo problema surgido de disputas entre los dueños de indivisos y que en muchas ocasiones había generado verdaderas situaciones de impunidad, puesto que al no existir delimitación judicial de la propiedad de cada cual, no surgía la sanción penal, alegándose que mientras existiera la comunidad, era imposible el señalamiento de lo ilícitamente apropiado.

Se crea una nueva conducta en relación con la alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (art. 355); es un tipo mal ubicado, porque la conducta se realiza para ocultar el delito contra el patrimonio, generalmente con posterioridad a su perfeccionamiento. Tal como está concebido debería ubicarse en el título de los *Delitos contra la fe pública*, porque las marcas de ganado son signos debidamente registrados ante las alcaldías, que los ganaderos utilizan para indicar su propiedad en los vacunos y cabalares. El registro oficial de esta marca es indispensable para cualquier negociación, transporte o sacrificio de ganado, al alterarse, desfigurarse o suplantarse una de estas marcas se atenta contra la fe pública y no contra el patrimonio.

En acertada decisión se suprime el chantaje como una forma autónoma, pues era opinión unánime de los doctrinantes que no era más que una modalidad de la extorsión y al existir esta figura, era innecesaria la otra. En este caso hay extorsión por utilización de la violencia moral (art. 355).

Se solucionan grandes problemas al incluirse dentro de este título los hasta ahora llamados delitos innominados de cheques, pues por ser de creación posterior al Código, no tenían una ubicación en ningún título en especial. En las condiciones anteriores se afirma con razón que se trata de un delito pluriófero porque atenta simultáneamente contra el orden económico-social, contra el patrimonio y en ocasiones contra la fe pública, pero de la misma manera nadie podría desconocer que básicamente el bien jurídico mayormente afectado es el

patrimonio (art. 357). Dentro de esta correcta ubicación se corrigen errores del decreto 1135 de 1970, tal la desaparición de la acción penal que originaba el cheque post-fecha. Este exabrupto legislativo validado por la Corte Suprema de Justicia que desconoció el principio constitucional de no existir prisión por deudas, cuando en sentencia de marzo de 1971 declaró la exequibilidad de dicho decreto en cuanto a este tema.

Se crea como conducta típica el aprovechamiento del error ajeno o del caso fortuito, para efectos de obtener ilícito aprovechamiento patrimonial; concepción bastante afortunada porque esta maliciosa conducta que florece con mayor frecuencia de la que se cree, era un verdadero espacio de libertad al no aparecer tipificada, al contrario de lo que sucede con conducta similar en los delitos contra la Administración Pública, específicamente el peculado por error ajeno (art. 135), que en el Código que se deroga constituye de manera antitécnica una inadecuada forma de concusión (art. 159).

Se crea como conducta típica la del deudor que con perjuicio del acreedor abandona, oculta, transforma o enajena por cualquier medio o dispone del bien gravado con prenda, conducta de regular frecuencia, siendo muchos los deudores que aprovechando la circunstancia de ser tenedores del bien dado en prenda realizan conductas lesivas a los intereses del acreedor, que hoy constituyen verdaderos espacios de libertad, pues su atipicidad es incuestionable (art. 364), en algunos casos (abandono, ocultamiento) y abuso de confianza en otros (enajenaciones).

Se tipifica la sustracción del bien propio (art. 363) buscando la protección del depositario, arrendatario, prendario, poseedor con reserva de dominio y personas que tenían derecho a la sola posesión de determinados bienes, que son sometidos a innumerables abusos por los que conservan el derecho de dominio, que ante el menor incumplimiento de los primeros se apoderaban de manera arbitraria de tales bienes. Esto se observa especialmente en las costumbres de nuestros comerciantes, cuando venden a crédito, reservándose el dominio.

La usura desaparece como un delito contra el patrimonio económico y pasa a formar parte del título que protege el orden económico-social (art. 235). Esta reubicación es acertada, porque se trata de una conducta pluriofensiva, que además de lesionar el patrimonio individual, de manera más grave conculca el orden económico, pues los intereses usurarios descomponen toda actividad de tipo agropecuario, comercial o industrial.

Si observamos el proyecto del 74, este utilizaba la fórmula "el que por dos o más veces obtenga intereses o ventajas usurarias..."; mientras que en el proyecto 78 se dice: "El que por dos o más veces, en el término de un año..."; mientras que el Código aprobado dice: "El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un año...". Como se puede ver ha sido característica típica de la usura, la reiteración o periodicidad de la conducta, exigencia que ha dificultado su prueba, pues en el Código actual es menester demostrar que el sujeto activo del delito obtuvo intereses usurarios por más de tres veces (art. 426); en el proyecto 74, esta exigencia se reduce a dos ocasiones, mientras que el proyecto 78 ya dificultaba la situación al

exigir que tales intereses usurarios fueran obtenidos en dos ocasiones pero dentro de un mismo año, mientras que el nuevo Código menciona el período de un año, pero sin decir qué periodicidad se exige para entender consumado el delito. Al no mencionar el número de veces en que se deben obtener ventajas usurarias puede interpretarse la norma (art. 235, modificado por el art. 1° del decreto 141 de 1980) como exigiendo durante todo el año (12 mensualidades) la obtención de ventajas usurarias, lo que la haría inaplicable en la práctica. También podría pensarse, que como en la parte final de la norma alude a "operación" en singular, el legislador exige solo una transacción usuraria. De todas maneras nos parece más factible la primera interpretación y esta falta de claridad en la norma originará problemas de aplicación que redundarán en perjuicio de numerosas víctimas, personas de más bajos recursos económicos, para quienes las puertas del crédito bancario se encuentran cerradas.

Presenta como agravante la apropiación realizada sobre bienes del Estado (art. 372); esta es una afortunada innovación, pues, al contrario de lo que piensan muchos compatriotas que los bienes del Estado no son de persona alguna, son patrimonio de todos y por tal motivo deben tener una mayor protección.

Se eliminan las figuras denominadas del hurto famélico (art. 430) y hurto familiar (art. 431) porque son innecesarias, pues constituyen simples modalidades del estado de necesidad, legislado ya en la parte general del Código.

Merece especial referencia una nueva figura, la denominada del fraude procesal (art. 182), que aparece como un delito contra la administración de justicia, y porque su existencia legal va a tener profundas repercusiones interpretativas sobre una forma de la estafa que tradicionalmente ha sido denominada por los autores como estafa procesal.

Esta conducta no aparece en el Código Penal italiano de 1890 (Código de ZANARDELLI) y por vez primera se consagra en el Código de ROCCO de 1930 en su artículo 374. Creemos que su aparición en este nuevo Código Penal va a originar la misma polémica jurisprudencial y doctrinaria que se dio en Italia cuando bajo la vigencia del Código de ZANARDELLI, la Corte, de 1890 a 1931, de 14 decisiones jurisprudenciales aceptó la existencia de la estafa procesal en 13 de ellas y la negó en una, dictada precisamente cuando el Código de ROCCO había sido expedido pero sin que hubiera entrado a regir.

En vigencia del Código de ROCCO la Corte se ha pronunciado en 18 ocasiones negando la existencia de la estafa procesal en 17, y aceptándola en una ocasión¹.

La posición aparentemente contradictoria de la Corte italiana es explicable, porque es criterio casi unánime de los autores que al existir tipificado el fraude procesal se elimina la posibilidad de la estafa.

Sin querer entrar en tan interesante polémica debemos simplemente trazar algunas inquietudes que podrán ser la base para que se inicie la controversia entre nosotros. El fraude es un delito contra la administración de justicia y es

¹ HORACIO GARCÍA OLIVA, *La estafa procesal*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, pág. 150.

de mera conducta, porque el tipo se configura cuando el sujeto activo a través de cualquier medio engañoso obtiene una decisión jurisdiccional o administrativa; mientras que la estafa procesal es un delito contra el patrimonio económico individual, de resultado, porque para su consumación se requiere la existencia de provecho económico de una parte y el perjuicio consecuente de la otra.

Si hasta ahora que nos hemos encontrado en la misma situación de los italianos cuando regía el Código de ZANARDELLI, hay algunos autores que niegan la existencia de la estafa procesal² porque es atípica, el problema será mucho más arduo cuando además de seguir con la misma argumentación, podría pensarse en una situación de incompatibilidad de las dos conductas que lleva a concluir en la exclusión de una de ellas (la estafa) para efectos de su punibilidad, sin descartarse que se puede pensar en un concurso formal de tipos, o, con el español GARCÍA OLIVA, en un concurso real³.

III

Los delitos contra el orden económico-social sufren las más notables y positivas modificaciones en el Código Penal de 1980, y hacemos esta afirmación porque el legislador colombiano ha desatendido de manera secular la protección de los derechos sociales, mientras ha dado una rabiosa protección a los derechos individuales, entendiendo tal posición sobre la base de ser la expresión legislativa de un país que vive bajo la orientación de la filosofía liberal, que concreta la forma de actuar de las democracias occidentales.

Algunas de las conductas que ahora se consagran como delictivas, en la actualidad o son simples infracciones administrativas (decreto 046 de 1965), o, en el peor de los casos, contravenciones policivas (decreto 522 de 1971). De manera que el solo hecho de que el legislador haya visto la real trascendencia de tales conductas para considerarlas como delictivas ya es un positivo avance que debemos destacar y alabar.

Se crea el acaparamiento en el artículo 229, consistente en sustraer del comercio artículo considerado oficialmente como de primera necesidad.

Tipifica la especulación en el artículo 230, consistente en vender artículos considerados de primera necesidad a precios superiores de los señalados oficialmente.

Se considera como delictiva la alteración o modificación de calidad, cantidad, peso o medida de los bienes considerados como de primera necesidad (art. 232). En la actualidad esta conducta es una mera contravención de acuerdo a las previsiones del decreto 522 de 1971. Era necesario que nuestro legislador diera una efectiva protección penal a los insuficientes ingresos de la mayoría del pueblo colombiano, que ve disminuir su capacidad de compra de los artículos de primera necesidad, precisamente por las actividades ilícitas de industriales y comerciantes que buscan las utilidades de cualquier manera, así esta implique perjuicio a la colectividad.

² JULIO ROMERO SOTO, *Temas y casos del derecho penal y de procedimiento penal*, Bogotá, Librería El Profesional, 1978, pág. 325.

³ Obra citada, pág. 398.

Se tipifica como una nueva conducta la explotación comercial, constituida por aquellos que venden o enajenan bienes recibidos para su distribución gratuita, situación que prolifera especialmente cuando por la ocurrencia de ciertas catástrofes se reciben inmensas donaciones en especie, de entidades nacionales y extranjeras. Ya cuando se discutía el proyecto de 1974 el doctor REYES ECHANDÍA mencionaba la venta ilícita de las donaciones que hacía Care para las familias de más bajos recursos⁴.

Se tipifica la usurpación y uso ilegítimo de marcas y patentes (arts. 236 y 237) en un positivo reconocimiento a la propiedad intelectual, que a nivel de protección penal en nuestro país ha venido recibiendo un tratamiento diferencial, en relación a los bienes materiales.

Se fija punibilidad a la conducta del que sustrae cosa propia al cumplimiento de deberes legales (art. 239), concretándose a nivel de protección penal el principio constitucional que consagra que la propiedad tiene función social que implica obligaciones (art. 30), que hasta ahora y en el aspecto que nos interesa no ha pasado de ser un principio eminentemente romántico.

Se crea como nueva conducta, la exportación ficticia que viene a constituir una respuesta de la Comisión Redactora a la angustia del gobierno nacional que creó los famosos Certificados de Abono Tributario (CAT), para con ello fomentar las exportaciones menores, pero que prácticamente desde su nacimiento se convirtieron en un medio de enriquecimiento ilícito para ciertos delincuentes que simulaban exportaciones para obtener los C.A.T., creando un verdadero desorden y anarquía en el mercado económico y a nivel de la Administración de Hacienda, puesto que en primer lugar, equivocadamente pensábamos que nuestras exportaciones habían aumentado considerablemente sin ser realidad, y de otro lado se realizó un verdadero fraude a las arcas del Estado porque los estímulos tributarios constituyeron una sangría a sus rentas sin que se estimulara la actividad que los originó.

Se tipifica la conducta de quien dé aplicación fraudulenta a crédito oficialmente regulado, porque el Estado, con el benéfico propósito de fomentar determinadas actividades, ha creado créditos privilegiados en las tasas de interés y los plazos. Dentro de este grupo, podemos recordar los de fomento turístico, agropecuario e industrial: pero se ha dado el caso en que ciertos personajes han obtenido esta clase de créditos para dedicarlos a actividades diversas de aquellas que justificaron su aprobación presentándose una situación de desventaja, que en primer lugar no afecta el renglón que se ha considerado prioritario en la economía, y en segundo lugar, surge dentro del mercado de capitales algunos que colocan a la competencia en situación de desigualdad, al tener que trabajar en las actividades ordinarias, con los créditos bancarios normales, mientras que otros usufructúan privilegios financieros.

Se consagran también los delitos atentatorios contra la ecología, que era una necesidad nacional, porque la actividad depredadora del hombre está con-

⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Anteproyecto de Código Penal 1974*, Imprenta de la Penitenciaría Nacional de La Picota, Bogotá, pág. 537.

virtiendo el universo en un sitio inhabitado por los múltiples contaminantes surgidos de las diversas gamas del quehacer humano.

IV

Planteadas a *grosso modo* las características de los delitos que atentan contra estos bienes jurídicos, ¿podría pensarse que sean instituciones jurídicas que admiten comparación? Creemos que sí, así sea para destacar las contradicciones y por sobre todo la ausencia de una política criminal definida.

Los delitos contra el patrimonio protegen un derecho fundamentalmente individualista, que afecta generalmente a una persona y de manera excepcional a un grupo más o menos reducido de personas; al contrario de lo que sucede con los delitos contra el orden económico social que además de ser pluriofensivos conculcan intereses siempre colectivos. Estos son de mayor importancia valorativa por ello han debido recibir un tratamiento punitivo acorde con la trascendencia de los valores protegidos y no como sucedió en la realidad, cuando parece haberse olvidado esa función retributiva del derecho penal y de la pena, que exige una determinada proporción entre el daño ocasionado y el castigo recibido.

Son delitos pluriofensivos porque además de desconocer o alterar el orden económico-social afectan el patrimonio individual, que es lo que sucede cuando se paga por un artículo sumas superiores a la del precio justo, o cuando se recibe un artículo que en su calidad, cantidad, peso o medidas es inferior a las especificadas o a las que normalmente debería tener.

Atentan además contra la seguridad pública, porque esta, como lo anota LUIS CARLOS PÉREZ, es "la certeza que se da a los ciudadanos de que sus derechos tienen garantía en la ley y en los ejecutores de esta"⁵, y por ello consideramos que de la misma manera que se pone en peligro la seguridad pública con la violación de medidas sanitarias, con la corrupción de alimentos, con el terrorismo y el concierto para delinquir, igual sucede con la acción de los acaparadores y especuladores que colocan en perspectiva de hambre física la inmensa mayoría de la colectividad, porque sus ingresos deficientes no alcanzan para cubrir las utilidades de los comerciantes de la necesidad. Por inseguridad no debemos entender únicamente el limitado sentimiento de los que temen perder la vida o la propiedad en manos de los secuestradores y extorsionadores, sino que inseguridad también es "la inseguridad a poder seguir viviendo, o mejor, la seguridad de seguir muriendo en vida"⁶.

En algunas ocasiones este tipo de conductas también atentan contra la fe pública, entendiendo por esta el concepto que nos da PESSINA cuando dice: "es la fe sancionada por el Estado, la fuerza probatoria por él atribuida a algunos objetos, signos o formas exteriores"⁷, porque cuando se alteran o modifican las

⁵ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1971, t. IV, pág. 42.

⁶ EDGAR SAAVEDRA R., ÁLVARO ROJAS, FERNANDO TOCORA, MYRIAM DE SAAVEDRA, NORMA MIRYAM BEJARANO, *Fraudes alimentarios en Cali 1979*, Universidad San Buenaventura, 1979, pág. 29.

⁷ Cit. por LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., t. III, pág. 536.

calidades especificadas, la cantidad establecida o las pesas o medidas, se falta a la fe pública que el Estado otorga a dichas medidas o registros de calidad, peso o medida, registros oficiales que llevan al ciudadano a confiar en los artículos que se le dan con tales especificaciones.

En diversos códigos latinoamericanos estas conductas están ubicadas en el título que protege la fe pública, y así se constata en los códigos penales de la Argentina (art. 200); Bolivia (art. 219); Brasil (art. 315); Chile (art. 317); Ecuador (art. 433); Panamá (art. 277); Uruguay (art. 226) y Venezuela (art. 371).

De igual manera se pone en peligro la vida y la integridad personal con algunas de estas conductas, pues a través de la alteración o modificación de la calidad en bienes de primera necesidad, se puede poner en peligro la vida o integridad personal de los asociados. Prueba de ello es que algunos códigos latinoamericanos contemplan como forma agravada de esta conducta cuando a consecuencia de la ingestión de sustancias modificadas en su calidad se produce la muerte o lesión a alguien.

Así lo dispone el Código Penal argentino en su artículo 200; el boliviano en el 219; el brasileño en el 315; el chileno en el 317; el ecuatoriano en el 433; el panameño en el 277; el uruguayo en el 226; el venezolano en el 371.

Igualmente, y por lo menos de manera indirecta, estos delitos atentan contra el régimen constitucional, porque es evidente que el descontento político surge de las injusticias sociales, que se acrecientan cuando el Estado a través de su administración es incapaz de controlar los excesos que surgen de la actividad económica de una nación. Entre nosotros generalmente hay identidad entre poder político y poder económico, porque o bien a las altas dignidades del Estado solo pueden llegar los poderosos o porque la dirigencia política se constituye en vocera y representante de los que detentan el poder económico. El hecho anterior se traduce en la existencia de normas clasistas, que buscan la protección de un determinado sector de la colectividad y es así como por ejemplo, el término inseguridad se identifica con el peligro existente para los derechos reservados a los que tienen patrimonio que puede verse en peligro por las acciones ilícitas de los humildes, pero jamás se piensa o se habla de la inseguridad de los que nada tienen y cuya existencia se traduce en la sola tragedia de subsistir.

En el mundo de los negocios son muchos los que en busca de utilidades realizan conductas dañinas en perjuicio de los humildes, que observan con asombro cómo sus precarios salarios pierden día a día el poder adquisitivo. Hechos sociales de esta naturaleza, de manera necesaria deben generar ideas de rebeldía contra el establecimiento, en la búsqueda de concepciones políticas que por lo menos en teoría garanticen equidad, justicia y una verdadera democracia.

Finalmente considero que la existencia de estos delitos pone en peligro el buen funcionamiento de la administración pública, porque si bien la criminalidad convencional busca en la venalidad del funcionario público la impunidad de la conducta, a nivel de criminalidad de cuello blanco, la potencialidad criminal a

este nivel es mucho mayor puesto que el poder económico es sustancialmente superior, las grandes compañías nacionales y trasnacionales no tienen inconveniente en infringir o eludir el ordenamiento jurídico, pues encuentran en el cómplice aliado para que los ordenamientos jurídicos relativos a las aduanas, la hacienda pública, la economía nacional, sean inexistentes a sus finalidades. Al poseer mayor capacidad de corrupción, atentan más grave y frecuentemente contra la buena administración pública.

Las anteriores reflexiones demuestran desde el punto de vista valorativo, que los delitos contra el orden económico social tienen una mayor importancia que los delitos contra el patrimonio. Consecuentemente deberían tener asignadas penas de mayor entidad que aquellas conductas que se limitan a tutelar meros derechos individuales.

V

Interrelación existente entre el sujeto activo del delito y su víctima

En los delitos contra el patrimonio económico, generalmente los agentes son personas que pertenecen a estratos socioeconómicos inferiores, sin desconocer que también excepcionalmente son cometidos por personas de clase alta o media. Por eso dentro del concepto generalizado que tenemos de inseguridad, un ejemplo es la sensación que surge cuando se nos acerca una persona que por su porte o vestimenta da la apariencia de pobreza. Hemos llegado a identificar miseria con delincuencia. Consecuentemente las víctimas son personas que poseen un patrimonio, puesto en peligro por la acción de los que encuentran en el delito casi que su única forma de subsistencia, y a mayor capacidad económica están en inminencia de ser víctimas, apresurándose los voceros de los grandes gremios a respaldar los estatutos de seguridad que los protegen de manera especial.

Al contrario de lo que sucede con los delitos contra el orden económico, cuyos agentes son comerciantes, industriales, quienes están en los estratos socioeconómicos superiores, que no reciben estigmatización legal ni social, son considerados caballeros de industria y reciben un tratamiento legislativo diferencial, porque como ya lo anotara SUTHERLAND en 1935, constituye criminalidad de cuello blanco con características propias y diferenciales de lo que hasta hoy se ha conocido como criminalidad convencional⁸ que sí es estigmatizada a nivel legislativo, social, judicial, policivo y penitenciario. La víctima de esta delincuencia es la sociedad, pero sus efectos más negativos recaen sobre las personas que pertenecen a los estratos socioeconómicos más bajos.

VI

Tratamiento legislativo diferencial

En el Código de 1936, que regirá hasta enero de 1981, el tratamiento legislativo diferencial es abismal; muchas de las conductas ni siquiera fueron

⁸ EDWIN SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969, pág. 167.

consideradas como delitos (acaparamiento, especulación, etc.), mientras que las que sí lo fueron tienen penas ostensiblemente menores a las señaladas para los delitos contra la propiedad. La venta de artículo de primera necesidad en cantidad inferior a la declarada o convenida, tiene una pena oscilante, de arresto de diez días a un año; la alteración de pesas o medidas, arresto de un mes a un año (C. P., arts. 283 y 284).

Como si la diferencia no fuera notable, algunas conductas inicialmente consideradas como delictuales, perdieron tal calidad para ser contravenciones en virtud de los decretos 1118 de 1970 y 522 de 1971 especialmente. Este último decreto en el artículo 37 señala una pena de arresto de uno a tres años para quien adultere bebidas para consumo humano; el 38, pena de uno a seis meses de arresto para quien altere o adultere o la suministre en tal estado; el 39, pena de multa de doscientos a diez mil pesos a quien venda cosas destinadas al comercio en cantidad o calidad inferior a la declarada o convenida; el 40, multa de mil a veinte mil pesos a quien induzca en error sobre la procedencia o contenido de un artículo con distintivos o marcas; y el 41, multa de quinientos a mil pesos al que tenga pesas o medidas adulteradas.

Hay una subvaloración del derecho tutelado dentro de la escala común y como consecuencia del anterior tratamiento legislativo diferencial se señala a las entidades delictivas penas muy benignas, para luego quitarles ese carácter a algunas de ellas, y dejarlas en simples contravenciones.

Y lo contrario sucede cuando se trata de proteger la propiedad individual; las penas son sustancialmente más graves. Hurto, de seis meses a seis años de prisión (art. 397); estafa, de uno a siete años de prisión y multa (art. 408); abuso de confianza, de seis meses a tres años de prisión y multa; y al contrario de lo sucedido con las conductas relativas a la economía, estas, en los años posteriores a la expedición del Código, no han sido convertidas en contravenciones, pero sí ha aumentado la penalidad, por ejemplo, en el hurto, de uno a seis años de prisión (ley 21 de 1973, art. 7°).

La situación no es sustancialmente distinta en el nuevo Código. Debemos sí reconocer que de todas maneras hay un avance, pues muchas de las conductas salen del derecho administrativo o del derecho contravencional para convertirse en delitos, pero a nivel punitivo observamos el tratamiento legislativo diferencial, pues mientras el acaparamiento y la especulación no exceden de dos años y multa máxima de un millón de pesos (arts. 229 y 230), la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, pena de prisión máxima de dos años y multa de cien mil pesos (art. 231); delitos como el hurto tienen pena hasta de seis años (art. 349); la estafa, hasta diez años (art. 356); el abuso de confianza, hasta cinco años (art. 358).

Ya habíamos dicho que con los delitos contra el patrimonio socioeconómico, también se vulnera el patrimonio individual de las personas, porque muchas de estas conductas ilícitas relativas a la economía son pequeñas estafas o hurtos, en cuanto atañen al individuo directamente perjudicado, pero gigantescas estafas o hurtos, si consideramos a toda la colectividad lesionada. ¿Cuál entonces la razón para que se sancione más gravemente al pequeño ladrón o estafador y no

al caballero de industria que condena al hambre y al sufrimiento a miles de compatriotas? ¿Merece dentro de la escala valorativa del legislador, mayor protección el derecho del individuo que el de la colectividad?

Principio general de nuestra estructura jurídica es que el bien común prima sobre el bien individual y por tanto el legislador colombiano al elaborar la norma penal contraría dicho principio de manera radical. Con este tipo de actitudes damos razones a los marxistas cuando predicán que el derecho es un instrumento de opresión de una clase sobre otra.

Con lo anterior no pretendo ni exijo que la criminalidad de cuello blanco debe recibir un tratamiento punitivo a nivel de pena privativa de la libertad, superior a la que el legislador señala para la convencional. No podría hacer esta afirmación, porque sería un castigo inútil, puesto que es universalmente reconocido que estos criminales no necesitan de este tipo de medidas represivas, ni menos de tratamiento readaptador que surge de la parte ejecutiva de la pena privativa de la libertad. Considero se deben buscar medidas con poder intimidante (las actuales no las tienen, porque en el peor de los casos, si el proceso se adelanta y se condena, se tendría derecho a varias formas de libertad provisional y luego a la condena condicional). Así como el motivo de la delincuencia es de carácter económico, se debe buscar en multas considerables la sanción, que constituya un verdadero peligro para sus actividades ilícitas; estas deben guardar proporción con las utilidades ilícitas obtenidas. Hoy una multa de un millón de pesos parece cuantiosa, pero si la alteración de pesas y medidas o la modificación de calidades o el acaparamiento y la especulación garantizan utilidades de muchos millones, resulta atractivo cometer el delito, pues en el peor de los casos se paga la multa y se obtienen jugosas utilidades.

Además de lo anterior, debemos reconocer que los códigos penales se dictan para tener una larga vigencia; es así como el Código de 1890 duró casi medio siglo, mientras que su remplazante de 1936 supera las cuatro décadas. Conservando la tradición en cuanto a la duración de los códigos, nos preguntamos sobre la base de la devaluación agobiante que nos acosa, ¿qué será un millón de pesos dentro de 40 ó 50 años? Creemos que la multa fija como caución a este tipo de criminalidad no es la solución equitativa a la gravedad de sus conductas y creo que la solución hubiera sido la que propuse a la Comisión Redactora, pero que desafortunadamente fue rechazada. Hoy sigo creyendo que las multas para este tipo de sanción deben señalarse dentro del proceso por intermedio de peritos, teniendo en cuenta los daños ocasionados o los perjuicios sufridos. De tal manera, que estas siempre estarían actualizadas pese a la constante devaluación y proporcional a los perjuicios ocasionados. El recientemente expedido Código Sanitario Nacional (ley 9ª de 1979) es consciente de este problema y la cuantía de la multa tiene un límite correspondiente a 10.000 veces el salario mínimo legal. Lo anterior no es violatorio del principio de la legalidad de los delitos y de las penas, porque la cuantía de la multa no quedaría al arbitrio del juez, sino que este tendría siempre el limitante de los daños o beneficios objetivamente ocasionados o logrados por el criminal, que serían señalados mediante la intervención de peritos. Bien sabemos que el principio tiene su origen histó-

rico en la rebelión contra el absolutismo de la monarquía de los Luises, en la que los jueces eran omnímodos para crear de acuerdo a las necesidades políticas, delitos, procedimientos o sanciones. Ese abuso y el respeto a la legalidad de las penas quedarían cubiertos con la fórmula propuesta y que de manera definitiva vendría a garantizar una verdadera equidad en el castigo de esta peligrosa delincuencia.

Nuestra crítica a este tipo de punibilidad no queda soslayada con la existencia del comiso (art. 110 C. P.), porque bien sabemos de la habilidad de nuestros delincuentes, que dejan a los jueces con un gesto de impotencia porque solo excepcionalmente es posible decomisar los valores que provienen de la actividad delictiva. Es indispensable que las multas sean realmente intimidantes y que garanticen su adecuación a la realidad de los daños ocasionados por los criminales de cuello blanco.

Con las anteriores digresiones concluimos que el legislador colombiano, de manera consciente o inconsciente, ha venido dando tratamiento legislativo diferencial a las conductas típicas que protegen derechos sociales e individuales, contrariando, con tal política, las directrices generales que orientan nuestra estructura jurídica.