

El delito de captación masiva y habitual de dineros en el ordenamiento penal colombiano (Art. 316 del Código penal)¹.

The crime of massive and habitual capturing of money in Colombian criminal law (Article 316 of the Colombian Criminal Code).

JUAN FELIPE ÁLVAREZ ARBOLEDA*

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo identificar, a partir del respeto por el principio de lesividad, cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 316 del Código Penal colombiano, el cual prohíbe la captación masiva y habitual de dinero no autorizada.

Este artículo concluye que ninguna de las tesis tradicionales acierta en cuál es el bien jurídico protegido por el tipo del 316 del CP, por lo cual ofrece una nueva interpretación que procura respetar el postulado de lesividad material.

Abstract

This article has the aim to identify, starting from the respect of the principle of harm - nulla lex poenalis sine iniuria-, which is the legal interest protected by the article 316 of the Colombian Penal Code, which punishes the collection of public funds on a large scale or on a regular basis without authorization.

The article concluded that none of the traditional thesis arrive to a successful outcome about what is the protected legal interest by the article 316 of the Penal

1 Este trabajo es resultado de la investigación "Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano". En la cual la investigadora principal, es la profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Diana Patricia Arias Holguín. Este proyecto fue aprobado en la Convocatoria CODI de investigación en Ciencias Sociales Humanas y Artes, año 2012, de la Universidad de Antioquia.

* Abogado y profesor de cátedra de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Code, for that reason it offers a new interpretation that pretends to respect the principle of harm.

Palabras clave:

Captación ilegal, principio de lesividad, bien jurídico.

Key Words:

Massive and habitual capturing of money, harm principle, legal interest.

Sumario

1. Introducción. 2. Consideraciones previas. 3. El delito de captación masiva y habitual en la jurisprudencia y doctrinas colombianas. 4. ¿Protege el artículo 316 un bien jurídico colectivo. 5. El delito de captación masiva y habitual de dineros protege un bien jurídico individual: el patrimonio. 6. El tipo objetivo del delito de captación masiva y habitual de dineros. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Bajo el título de captación ilícita de dinero se nombran todas aquellas conductas dirigidas a apropiarse de dineros del público de manera colectiva y constante sin autorización estatal, y sin necesidad de que se verifique un fin ulterior de carácter ilícito. Esta actividad, presente desde los inicios de la banca moderna, pareciera repetirse periódicamente en el contexto colombiano. Ya desde 1841 con la quiebra del Grupo Landínez o en 1920 con la estrepitosa bancarrota de la Casa Vásquez Correa que dejaron cientos de pérdidas, los casos de captaciones ilegales y masivas son parte constante en nuestra historia patria. Para la muestra está la reciente crisis sufrida por el Gobierno Uribe en 2008, con la caída de *pirámides* como DMG y DRFE, que obligó a declarar el estado de emergencia económica a nivel nacional.

Los múltiples casos que además de los anteriores pueden citarse en la historia colombiana, hacen que sea obligatoria la pregunta por las posibles causas de este fenómeno. Y aunque no pueda ofrecerse una respuesta, las alternativas transcurren siempre por la inequidad social y la tipología del sistema bancario colombiano, que en una dinámica acorde con el sistema económico imperante, y propiciada por la crisis económica de los años noventa en Colombia, ha quedado en cabeza de un pequeño

número de instituciones², acarreado con ello una menor necesidad de competencia entre las entidades bancarias, y desmotivando su incursión en las poblaciones más alejadas del centro del país, lo cual restringe las posibilidades de acceso a la banca formal en estas comunidades, y crea un entorno propicio para el surgimiento de actividades bancarias informales.

Con el fin de contrarrestar este tipo de prácticas, el gobierno colombiano se ha valido del Derecho penal, creando a través del Decreto 2920 de 1982, el tipo penal de captación masiva y habitual de dinero, que actualmente se encuentra consignado en el artículo 316 del Código Penal colombiano.

Recientemente, y con ocasión de la caída de las llamadas “pirámides financieras” en el año 2008, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 4336 del mismo año, por medio del cual modificó el delito de captación masiva y habitual de dinero, consagrado en el artículo 316 del Código Penal; a raíz de ello, tanto doctrina como jurisprudencia se han pronunciado acerca de la configuración dogmática de este tipo penal, atribuyéndole cometidos como el de proteger *el orden económico social, el sistema financiero*, entre otros.

En razón de lo anterior, este texto se propone examinar la jurisprudencia y doctrina colombianas, partiendo del siguiente interrogante, *¿Protege el tipo penal de captación masiva y habitual de dineros un bien jurídico colectivo?* Sin limitarse por ello al plano meramente descriptivo, toda vez que se acomete la elaboración de una propuesta de bien jurídico acorde con los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, legalmente reconocido en el art 11 del CP.

Sobre los aspectos metodológicos, valga anotar que el análisis se ubica en el plano de la dogmática de la la parte especial del derecho penal, la cual implica el empleo de fuentes documentales consistente en doctrina y jurisprudencia, para extraer de ahí las posturas que sobre el bien jurídico se sustentan de forma general; que desde ya se anticipa, ésta se concreta en la aceptación del orden económico social como el interés jurídicamente tutelado por el artículo 316 del CP.

Asimismo, se han examinado las diferentes tesis elaboradas en la discusión sobre una teoría general de los bienes jurídicos colectivos, optándose por aquella que en criterio personal se adecua a las exigencias del ordenamiento penal colombiano; a su vez se emprendió el estudio del sistema financiero nacional con la finalidad

2 Véase el estudio que sobre crisis financiera en Colombia trae el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN, Crisis financieras sistémicas en Colombia, y contraste con el escenario actual, Recuperado de: <https://www.fogafin.gov.co/Default/que-es-fogafin/publicaciones/documentos-de-investigacion>.

de hallar una institución que reflejara el daño ocasionado por los comportamientos captadores, con la intención de corroborar la postura de la opinión mayoritaria; en dicho proceso se identificaron algunas entidades que *a priori* parecían reflejar la lesividad de este comportamiento, pero que una vez bajo análisis destacaron por no evidenciar el supuesto daño.

Para consignar los resultados de la investigación, se iniciará con un acápite en el cual se ponen de presente los principios doctrinales sobre los que se erige este texto. Enseguida se observará la doctrina y la jurisprudencia colombiana sobre el delito en cuestión, con la idea de describir y valorar los argumentos que sustentan la elección del referido bien jurídico realizado por tales instancias como objeto de protección al art. 316 del Código Penal. A continuación, se planteará una propuesta interpretativa sobre el bien jurídico protegido. Por último, se reflexionará acerca del tipo objetivo del delito, y se sugerirán a título de ejemplo algunos comportamientos que lesionan el bien jurídico que se entiende protegido a través de la prohibición establecida en el art. 316.

2. Consideraciones previas

Cada una de las posturas doctrinales sobre el objeto de protección del Derecho penal se encuentra precedida por una postura política -más o menos determinada- de quien la propone acerca de los fines del Derecho penal, por ello es posible afirmar que el concepto de delito -desde luego también el concepto material de delito- está sujeto a los fines que se le asignen al derecho penal.

Son dos las principales categorías en las que pueden agruparse los distintos fines del derecho penal, la primera regida normalmente bajo los postulados del liberalismo político, brinda prioridad axiológica a la libertad de la persona, lo cual conlleva importantes restricciones para el Estado al momento de pretender limitarla. Al mismo tiempo, exige esta corriente la necesidad de un deterioro a la sociedad, o lo que es igual, la naturaleza dañina del resultado de la conducta que se pretende castigar.

De cara al derecho penal, esta doctrina hace referencia a la necesidad de protección de las circunstancias necesarias para el desarrollo del individuo en condiciones de libertad, igualdad, etc. Privilegiando los derechos de libertad, corriendo incluso el riesgo de una posible vulneración por parte de terceros de los derechos de los demás, porque entiende que es un riesgo inherente a la vida en sociedad, y que el derecho no puede entrar a regular cada ámbito del ser humano; y es por ello que solo se justificará la intervención del derecho penal ante ocasiones en las cuales se afecten de manera trascendental los derechos del individuo.

Acorde con ello ha surgido el principio de lesividad -en el derecho continental- y el principio del daño o *harm principle*³ -en el derecho anglosajón- como limitantes axiológicos al poder legislativo, y guías interpretativas al resto de operadores jurídicos, con el fin de que se castiguen exclusivamente aquellas conductas que suponen un daño para las condiciones de convivencia social.

Un segundo enfoque, cuya fundamentación política se ha remontado hasta la concepción del Estado en Hegel, es aquel en el cual se prescinde del bien jurídico como criterio constituyente del delito, sustituyéndolo por la lesión de la comunidad en general, en razón del secundario lugar político que ocupa el individuo frente a la comunidad o el Estado.

Esta postura entiende que el Derecho es la piedra angular de las relaciones en sociedad, y que su acatamiento y respeto es una condición sin la cual no es posible la vida en comunidad, esta categoría impone pues un deber de fidelidad al derecho por parte del individuo, y es así como la no obediencia a este, altera de por sí los requisitos de convivencia grupal, justificando automáticamente la intervención estatal, y aún más la del derecho penal, para restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado.

La primera de estas categorías permite una justificación externa de las restricciones penales, la cual se ha dado a través del ya mencionado principio de lesividad, en tanto que se justifican las prohibiciones “solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo (...)”⁴

Hassemer ha afirmado incluso que una prohibición penal que no pueda ser remitida a un bien jurídico es llanamente, terror de Estado, “Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico.”⁵

3 El harm principle angloamericano ha estado destinado “prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos.” HEFENDEHL, ROLAND, *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*, en *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p.40. En este sentido el harm principle coincide también -a grosso modo- con definiciones atribuidas al concepto de bien jurídico. Como explica Mir Puig, ya Von Liszt respondía a la pregunta sobre qué es el bien jurídico, diciendo que éste es una condición de vida jurídicamente protegida, que el derecho no crea, sino que encuentra y eleva a categoría jurídica. MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F. 2002, p. 112.

4 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2005, p.472.

5 HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?”, en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, p.102.

Por el contrario la segunda de las categorías no permite una justificación externa de las sanciones penales, en tanto y en cuanto, estas protegen el acatamiento del derecho; en otras palabras, la vigencia de la norma, lo cual no conlleva dentro de sus elementos la verificación de la lesión de un bien fundamental externo al derecho.

Habida cuenta de las diversas consecuencias que acarrearán una y otra postura, es menester dejar en claro que en este trabajo se apuesta por la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal, y que además se concibe al principio de lesividad como núcleo interpretativo de las disposiciones de la parte especial del Código Penal, toda vez que se constituye en un límite real al ejercicio del poder punitivo. Restricción que, por ejemplo, no se haya en la segunda de las posturas reseñadas.

Hay que mencionar además, que dicha posición encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ⁶, quien al respecto ha dicho en sentencia C-939 de 2000 que:

(...) el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables.

Afirma también la Corte en la misma sentencia que el legislador ostenta un:

Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales (...) deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...)

Lo anterior no es solo un mandato jurisprudencial, es ante todo una consecuencia

6 Entre otras sentencias cabe resaltar la que declara la inconstitucionalidad del delito de Ultraje a emblemas o símbolos patrios, sentencia C- 575-09, en la cual se acude al bien jurídico como eje del análisis sobre la lesividad del comportamiento, y la idoneidad de la conducta tipificada por el artículo 461 del Código Penal, de donde se concluyó que "el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios no es idóneo para proteger la existencia y seguridad del estado porque la conducta en él tipificada no tiene la virtualidad de constituir una amenaza respecto de este bien jurídico." Tal y como puede leerse en la sentencia.

de tomar en serio el artículo 11 del Código Penal Colombiano, el cual establece que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.” De acuerdo con ello, se desarrollará adelante una propuesta interpretativa acerca del artículo 316 del C. P., que prohíje al principio de lesividad como eje rector.

Ahora bien, conforme a la escasa doctrina y jurisprudencia existente sobre el tipo penal de captación ilícita de dineros, se ha entendido que este protege un bien jurídico colectivo denominado orden económico social, sin embargo es mínima la reflexión realizada acerca de los fundamentos del por qué éste es el objeto de tutela en el artículo 316 CP.

En esta medida, para entrar en el debate, será necesario abordar el tema relativo a qué se entienden por bienes jurídicos colectivos y bajo qué condiciones estos pueden superar el filtro de la lesividad, que como se ha dicho es una de las premisas valorativas que guía el presente análisis. Desde ya, se puede advertir que aquí se adoptará la postura de Susana Soto Navarro en cuanto a cuáles son los requisitos que debe ostentar un bien jurídico de esta naturaleza, no solo porque se aprecia como la postura más elaborada sobre el tema sino porque además comulga con los postulados de la primera de las posturas políticas, permitiendo una justificación externa de las restricciones penales, acorde con los postulados del liberalismo político, tal y como se mencionó párrafos atrás.

Según explica Soto Navarro⁷, existen una sucesión de rasgos que permiten caracterizar a los bienes jurídicos colectivos, a partir de una serie de exigencias que por su naturaleza no pueden presentarse en los bienes de tipo individual. En primer lugar, menciona dicha autora la *titularidad compartida* por el conjunto de la sociedad, es decir, que los bienes colectivos pertenecen de manera exclusiva a la colectividad.

Acorde con lo anterior, ninguno de los miembros de la sociedad está en capacidad de decidir sobre el bien jurídico colectivo, lo que se traduce en la *indisponibilidad* del mismo. Lo cual implica a su vez que nadie puede ser *excluido en el uso* del mencionado bien, y que además tampoco puede existir una *rivalidad en el consumo* del mismo.

Un último elemento característico de los bienes colectivos es su *indivisibilidad*, este, es quizás el ítem más relevante, toda vez que como explica Soto Navarro⁸

(...) mientras el carácter de indisponible es propio también de algunos bienes jurídicos individuales, en cambio la cualidad de indivisibles sólo la poseen los bienes jurídicos

7 SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada, Comares, 2003.

8 *Ibíd.* p. 199

colectivos. Dicho en otros términos, los bienes que pertenecen de forma indivisa a un colectivo de personas son, por naturaleza, indisponibles de forma unilateral; en cambio no todos los bienes divisibles en intereses individuales son por ello de libre disposición.

Así las cosas, para que un bien jurídico sea colectivo, no puede ser posible dividirlo ya sea conceptual, real o jurídicamente en partes y asignárselas a los individuos como porciones. Sin duda, el carácter indivisible de los bienes jurídicos colectivos es el criterio de mayor relevancia puesto que, cuando un bien jurídico sea divisible -conceptual, real o jurídicamente- no habrá lugar a hablar de un bien jurídico colectivo por más que este sea indisponible, y su titularidad sea compartida.

Llegados a este punto se emprenderá ahora una revisión de la jurisprudencia y doctrina colombianas -de lo cual debe advertirse no existen muchas referencias- con la finalidad de establecer cuál es el bien jurídico protegido por el art. 316 del CP.

3. El delito de captación masiva y habitual en la jurisprudencia y doctrinas colombianas.

Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hay que mencionar que esta se ha centrado en los aspectos formales y procedimentales, de los casos que acepta para revisión; ni aún en los sonados casos de D.M.G y D.R.F.E., se ha pronunciado la C.S.J en términos de derecho penal sustancial, dado que los procesados por dichos hechos han sido extraditados, y las únicas sentencias que se encuentran son aquellas que hacen el control de los requisitos formales y materiales de la extradición, no obstante en ellas nada se dice acerca del delito de captación⁹.

En lo que a la Corte Constitucional respecta se ha pronunciado sobre este delito con ocasión del control de constitucionalidad realizado a los decretos de emergencia del año 2008; en dichos pronunciamientos es posible encontrar algunos elementos incipientes que permiten contextualizar jurisprudencialmente el delito de captación.

Para lo cual una aproximación al régimen económico colombiano a partir de los fundamentos constitucionales permite afirmar que este se enmarca dentro de lo que se conoce como economía de libre mercado, y por lo tanto garantiza la libertad de empresa, no obstante existir actividades económicas que por su trascendencia en términos de importancia para la estabilidad económica del país, son objeto de significativas restricciones normativas, así pues la Corte ha explicado con relación al art. 335¹⁰ de la Constitución que:

9 Véase Sentencias de la C.S.J de radicados, 24333 del 13-09-06; 33515 del 04-08-10; 35440 del 09-02-11.

10 Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del

(...) la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro-inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo "social de derecho", en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P. art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. (C-940 de 2003)

Así pues, las actividades relacionadas con la captación y el manejo de ahorros del público soportan una limitación constitucional que obliga a una previa autorización del Estado para acometer su ejercicio. El fundamento de dicha autorización es explicado por la Corte Constitucional en sentencia C-1062 de 2003 así:

Tales actividades "comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público.

Respecto del objeto de protección del delito de captación la Corte Constitucional ha entendido que el bien jurídico protegido es el orden público económico, entendido como:

(...) sistema de organización y planificación de la economía instituida en un país... (S)e consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. (C-224 de 2009) De igual forma ha afirmado esta misma corporación en sentencia C-083 de 1999 que:

(...) el orden legal económico se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente del derecho punitivo, dado el interés que representa para el Estado

numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

su conservación. Ciertamente, resulta de singular importancia para la administración pública que el régimen económico establecido por la Constitución y la ley se desenvuelva en condiciones de normalidad, sin alteraciones, buscando asegurar la prestación de los servicios que de él se desprenden.

Los anteriores extractos jurisprudenciales resultan ser las referencias más concretas que se han podido hallar en la relatoría de la Corte sobre el orden económico como objeto de tutela no solo del delito de captación, sino también de aquellos delitos incluidos en el título X del Código Penal, bajo la denominación de "Delitos contra el orden económico social".

Según lo anterior la Corte ha situado al delito de captación en el ámbito del derecho penal económico, el cual define como:

(...) el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico social, dando lugar i) a una concepción estricta, según la cual es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía y ii) a una concepción amplia, como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. (C-224 de 2009)

La descripción anterior, es meramente enunciativa, es decir que la Corte no sitúa en ninguna de las concepciones –estricta o amplia- del delito de captación masiva; al respecto, tal y como explica Arias Holguín,¹¹

(...) una perspectiva amplia lleva a definir al ilícito económico como aquella infracción "que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios" Desde una visión estricta, puede ser entendido como aquel que afecta a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.

A partir de las definiciones ilustradas podría ubicarse al delito de captación en la concepción estricta, coligiéndose que la Corte entiende que este protege la capacidad estatal reguladora de la economía a través del control de las instituciones que tienen la capacidad legal de captación de dinero por medio de la penalización de aquellas actividades captadoras que se sustraen de dicho control acudiendo a la informalidad e ilegalidad.

Respecto de la doctrina sobre el delito aquí analizado no son mayores las consideraciones a realizarse, puesto que son pocos los manuales que en este delito se detienen, y solo existe un autor que realiza alguna referencia a la problemática sobre el bien jurídico tutelado por el art. 316 del Código Penal.

11 ARIAS HOLGUÍN, DIANA, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*. (art. 301 CP) Madrid, lustel, 2011, p.163.

En un artículo titulado, “De las pirámides al delito del ejercicio ilegal de la actividad financiera”, Hernando Hernández, ha concluido “ (...) que en el comportamiento plasmado en el artículo 316 del Código Penal colombiano como captación masiva y habitual de dineros, el bien jurídico que se busca resguardar es el orden económico social.”¹² El cual vincula directamente con la regulación jurídica de la intervención estatal en la economía del país.

Igual opinión tienen Mario Arboleda Vallejo y José Ruiz Salazar¹³, al considerar que el delito de captación forma parte de los delitos contra el ordenamiento económico del país. Del mismo parecer es el señor Pedro Alfonso Pabón Parra, en su Manual de Derecho Penal¹⁴.

Tal opinión es común hallarla desde los niveles doctrinales más encumbrados hasta los aplicadores más remotos de la ley penal, por ello no es de extrañar que sea la solución más sencilla a la hora de evadir la discusión sobre la problemática del bien jurídico, no obstante para los fines de este trabajo no satisface siquiera mínimamente los requisitos de concreción que son deseables en un bien jurídico penal, de cara a satisfacer los principios del derecho penal, en especial el principio de lesividad. Ello porque la sola expresión orden económico social engloba un sin fin de variadas e indeterminadas conductas; lo que no puede por ningún motivo convertirse en eje rector de la norma penal. Arias Holguín¹⁵ menciona en relación con la discusión acerca del bien jurídico protegido con el delito de lavado de activos, que “es ya común entender que no es posible considerar que el mero orden socioeconómico sea el objeto amparado porque tal expresión carece de la concreción que se requiere para ser un bien jurídico penal.”

A su vez -como pareciera concluirse del trabajo de algunos autores-, delimitar el bien jurídico a partir de las conductas que lo lesionan invierte el orden lógico de las cosas, toda vez que es necesario saber cuál es el bien jurídico que protege un tipo penal, para a partir de allí poder determinar cuáles comportamientos tienen la capacidad para lesionarlo.

Afirmar que las captaciones ilegales afectan al orden socioeconómico sin más, implica saltarse un paso lógico previo que es el de demostrar de qué manera lo hacen,

12 HERNÁNDEZ, HERNANDO “De las pirámides al delito del ejercicio ilícito de la actividad financier” en *Revista Derecho penal y criminología*, vol.30 Núm.88, 2009, p.41.

13 ARBOLEDA VALLEJO, MARIO, RUIZ SALAZAR, JOSÉ, *Manual de Derecho Penal: Partes general y especial*. Bogotá, Leyer, 2014.

14 PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010.

15 ARIAS HOLGUÍN, DIANA, cit., p.163.

conlleva una fe en el legislador que comporta una petición de principio del estilo de que todo lo prohibido por el título X del Código Penal colombiano afecta el orden económico, como el artículo 316 hace parte del título X, *ergo* afecta dicho bien.

No se trata de negar la importancia de las diferentes acepciones en que se usa el término orden económico, sino que como explica Arias Holguín¹⁶. “antes de afirmar la tutela penal de ella, previamente se habrá tenido que demostrar que se está ante una dimensión que satisface las exigencias que se derivan del Estado de Derecho para considerar legítima la intervención penal; lo anterior, entre otras cosas porque no basta con destacar que se está ante una dimensión valiosa para decir que se está ante un bien jurídico penal”.

Cuando se afirma que el delito de captación masiva protege el orden económico social, y se agrega a esto la forma en la que se encuentra tipificado en el Código Penal, a través de la técnica del peligro abstracto, pareciera natural concluir que se está ante un bien jurídico colectivo por derecho propio. Sin embargo, tal conclusión resulta apresurada toda vez que los autores que tratan este delito, pasan por alto la discusión en torno a qué se entiende por bien jurídico, debate a todas luces necesario por la directa repercusión que tiene sobre el principio de lesividad.

De acuerdo a los parámetros esbozados en este artículo, el siguiente paso entonces será poner a prueba si el delito de captación masiva y habitual de dineros protege un bien jurídico colectivo, y si es así, cuál es el bien colectivo que tendría la suficiencia para satisfacer los principios del derecho penal, especialmente como se ha insistido ya, el de lesividad.

4. ¿Protege el artículo 316 un bien jurídico colectivo?

Este es quizás el apartado de mayor dificultad en razón de que no se ha logrado hallar ninguna elaboración al respecto en la doctrina colombiana, para ello entonces se utilizarán los elementos esbozados antes respecto a los bienes jurídicos colectivos, y se acudirá a dos hipótesis que en un principio parecieron ser idóneas para convertirse en el bien jurídico colectivo protegido por este delito.

Sea lo primero exponer nuevamente, pero ahora en palabras de Soto Navarro¹⁷, la razón por la cual el orden económico no tiene la capacidad necesaria para ser el bien jurídico protegido, afirma la mencionada autora que,

(...) un concepto tan genérico como este, tanto si se entiende en sentido amplio como

16 ARIAS HOLGUÍN, DIANA, cit., p.177.

17 SOTO NAVARRO, SUSANA. Cit., p.257.

en sentido estricto, solo sirve como criterio de agrupación sistemática de una serie de conductas delictivas cuyo común denominador es el ámbito de la vida social en el que se producen. Es ineludible, una ardua tarea de identificación de las instituciones e instrumentos básicos (unidades funcionales) sobre los que se estructura la economía social de mercado, para nuclear en torno a cada uno de ellos concretos bienes jurídicos a proteger penalmente frente a los ataques que más gravemente obstaculicen sus respectivas funciones en el sistema económico.

Lo anterior es justamente lo que se procura realizar a continuación. Vale la pena mencionar que desde el inicio en la búsqueda por concretar el objeto protegido en este tipo penal, se han tenido dos hipótesis, las cuales a pesar de haber sido descartadas posteriormente, fueron clave para descubrir el bien jurídico tutelado; la primera de ellas son las tasas de interés, entendidas como una variable operativa y monetaria a través de la cual se persiguen objetivos de política monetaria. La segunda es el ahorro público como fenómeno macroeconómico.

Ahora bien, las tasas de interés entendidas como herramienta a través de la cual se persiguen objetivos de política monetaria, implica que las autoridades monetarias como el Banco de la República tratan de alcanzar determinados objetivos finales referentes al nivel de empleo, producción, balanza de pagos, etc. A través del control de alguna variable monetaria, que se convierte en un objetivo intermedio como pueden ser los tipos de cambio, los tipos de interés a largo plazo o la cantidad de dinero en la economía, entre otros. A su vez, la variable monetaria anteriormente elegida debe ser controlada por medio de una variable operativa como los tipos de interés a corto plazo, o la base monetaria, etc. Y por último se hará uso de diversos instrumentos monetarios para lograrlo, como el coeficiente legal de caja, operaciones de mercado abierto, etc.

En la búsqueda de una institución concreta del sistema financiero, que pueda reflejar el impacto que tienen los comportamientos captadores en la economía, y así concretar el bien jurídico protegido, se creyó inicialmente que las tasas de interés tenían la suficiente materialidad para lograr el mencionado objetivo, además se adaptaban a los elementos que se mencionaron en páginas anteriores como característicos de los bienes jurídicos colectivos, esto es, ostentan una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad, la cual se encuentra en cabeza de diferentes entidades estatales competentes en el tema, lo que además condiciona las posibilidades de participación en el sistema social de un modo concreto; son claramente indisponibles, a pesar de que las entidades bancarias por ejemplo, tienen algún grado de maniobrabilidad sobre las mismas, deben moverse dentro de los límites establecidos por el emisor, y dentro de las lógicas del mercado; por último son a todas luces indivisibles, rigen para todas las operaciones económicas que se realicen bajo una determinada modalidad, en un tiempo y lugar determinado.

En teoría económica se ha definido las tasas de interés como “el precio pagado por un “prestatario” (o “deudor”) a un “prestamista” (o “acreedor”) por el uso de recursos durante algún tiempo. La cantidad del préstamo es el principal, y el precio pagado es un porcentaje del principal por unidad de tiempo (por lo general un año).”¹⁸

Debe mencionarse que no existe un solo tipo de tasas de interés, sucintamente pueden listarse el IBR, DTF, TCC y UVR, como ejemplos de ellas. Sin embargo, aquí se hablará de estas en términos generales, ya que acometer la explicación del funcionamiento de cada una de ellas es tarea innecesaria para los fines del presente texto.

Las tasas de interés están estrictamente ligadas a la oferta monetaria, de tal suerte que si el Banco de la República aumenta esta última, los bancos reducirán la tasa de interés¹⁹, lo que se traduce en un aumento en los préstamos de dinero. Ello a su vez genera un efecto expansionista, puesto que aumentan los préstamos lo cual se traduce en un crecimiento de la inversión. La importancia de esta variable para los objetivos económicos del país es notoria, por lo mismo es evidente la relevancia de evitar cualquier comportamiento que pueda afectar el ciclo de política económica.

Cuando inicialmente se creyó que las tasas de interés tenían la capacidad para convertirse en el bien jurídico tutelado por el delito de captación, se pensó en el entendido de que el dinero captado por las diferentes pirámides escapaba del sistema financiero, por lo cual no podía verse afectado por las medidas de política monetaria establecidas por el Banco de la República, lo cual generaría un desajuste en la oferta monetaria, que a su vez, incidiría notoriamente en las tasas de interés con todas las consecuencias que de ello pueden derivarse, como aumento de la inflación, fuga de capitales o disminución del ahorro interno.

Para poner a prueba esta hipótesis se hizo uso de los consolidados históricos sobre el comportamiento de las tasas de interés elaborados por el Banco de la República, a través de los cuales se observó que estas no sufrieron mayores variaciones durante el auge de pirámides como DMG, DRFE, y de todas aquellas que componen la cifra negra de criminalidad; sin embargo las estadísticas que muestran el comportamiento de las tasas de interés se realizan por cada tipo de tasa, y en relación con la entidad financiera donde rige, por ejemplo, las tasas de captación para una cuenta de ahorro tienen estadísticas mensuales sobre su comportamiento en los bancos comerciales, en las cooperativas, en las

18 FABOZZI, FRANK; MODIGLIANI, FRANCO y G. FERRI, MICHAEL, *Mercados e instituciones financieras*. México: Prentice hall hispanoamericana S.A, 1996, p. 214.

19 “Este efecto representa la reacción inicial de la tasa de interés ante un cambio en la oferta de dinero. Con un aumento en la oferta de dinero, la reacción inicial debe ser una caída de la tasa. La razón de la caída es que un aumento en la oferta de dinero representa un cambio en la curva de la oferta.” *Ibíd.* p.222.

corporaciones financieras, entre otros. Igual situación se presenta respecto de la tasa de interés para los créditos comerciales, o para las tasas de colocación. Por ello no pueden traerse tales estudios al presente texto y no queda más que remitir al lector a las fuentes originales²⁰.

Del análisis de las estadísticas mencionadas anteriormente se desprende que el comportamiento de las tasas de interés se ha mantenido estable, y si se consultan las proyecciones del Banco de la República para la época, se obtendrá que las mismas estuvieron dentro de lo estimado por dicho ente. Desde luego este era un resultado que no se esperaba, por lo anteriormente explicado y por el volumen de dinero captado por las pirámides; sin embargo pareciera tener una explicación plausible, y es que gran parte de los dineros captados circulaba en el sistema financiero nacional, a través de diferentes instituciones bancarias. Por la complejidad de las pirámides, y sus esquemas de negocio multinivel, además de las múltiples empresas fachadas, rastrear los fondos, o determinar su ilegalidad era una tarea imposible para las entidades bancarias, lo que concluía en que tales dineros se vieran igualmente sometidos a las regulaciones del Banco de la República, y tanto la oferta monetaria como las tasas de interés se mantuvieran dentro de lo presupuestado.

Una segunda hipótesis surgió al observarse que la mayoría de los dineros que las personas entregaban a las pirámides correspondían a sus ahorros, en consecuencia, y buscando hallar un bien jurídico colectivo que se convirtiera en el eje rector del tipo penal del delito de captación, se pensó en el ahorro nacional²¹, entendido como una variable macroeconómica, a través de la cual se persiguen objetivos de política económica nacional, para convertirse en el buscado bien.

El ahorro en general puede definirse como “la parte del ingreso que no se destina al consumo y constituye una adición neta de la riqueza en un periodo dado”²². Ahora bien, debe diferenciarse entre por lo menos dos clases de ahorro, el ahorro nacional que es la diferencia entre el valor del ingreso nacional disponible de un país y los gastos de consumo final de las familias, instituciones privadas sin fines de lucro que sirven

20 En la página web del Banco de la República (<http://www.banrep.gov.co/es/tasas-interes>) se encuentran los consolidados históricos sobre cada tipo de tasa de interés, en cada entidad donde aplica, discriminados por año y semana.

21 Según el glosario de términos económicos de Bancolombia (2015), ahorro público “Es la diferencia entre los ingresos y gastos de consumo del gobierno.” Mientras que el ahorro nacional es “la diferencia entre el valor del ingreso nacional disponible de un país y los gastos de consumo final de las familias, instituciones privadas sin fines de lucro que sirven a los hogares y el gobierno general.” En algunas publicaciones económicas estos términos se utilizan indistintamente.

22 CÓRDOBA, ANA, “Las pirámides financieras: soporte de una economía atípica”, *Revista Tendencias*, Vol. 9 Núm.2, p. 95.

a los hogares y el gobierno general. y el ahorro privado que es la diferencia entre los ingresos y el consumo de las unidades familiares y de las empresas.

El nivel de ahorro en una economía es clave en el desarrollo y crecimiento de la misma, toda vez que "si aumenta el ahorro nacional la economía contaría con mayor cantidad de recursos que podría dedicar a inversión, luego el *stock* de capital físico se incrementaría lo que induciría a los empresarios a aumentar los puestos de trabajo."²³

Por lo anterior el Banco de la República, o entidades como la Comisión Económica Para América Latina -CEPAL- de las Naciones Unidas, realizan estudios y mediciones sobre los distintos niveles de ahorro en la economía, dando como resultado proyecciones y estadísticas, que permiten medir con objetividad -dada la competencia sobre el tema de quienes las realizan- las variaciones en los niveles de ahorro en la economía producto de las más diversas variables.

Cuando se habla de que el ahorro nacional puede constituirse en el bien jurídico protegido por el delito de captación masiva, se piensa en este como una variable macroeconómica en la cual se ven reflejados los comportamientos delictivos abarcados por el delito en estudio, y que a su vez permite medir el grado de lesividad del comportamiento a través de la variación en los niveles o en las proyecciones de ahorro de la economía, toda vez que dadas las características de las conductas captadoras, y las cifras astronómicas de captación a las que se llega, es natural pensar que dichos cambios se verán reflejados en estas mediciones.

Como se mencionó ya, el tema del ahorro nacional está ligado al crecimiento de la economía, puesto que la importancia de este radica en el capital que genera para lograr el aumento de las inversiones, lo que a su vez determina la tasa de crecimiento de la capacidad productiva²⁴. Así las cosas, para atraer los recursos provenientes del ahorro privado hacia la economía formal, el sistema financiero acude a una serie de instrumentos de captación, como por ejemplo depósitos de UPAC, UVR, depósitos a término fijo, certificados de cambio, entre otros. Esto lo realizan tanto las entidades financieras de carácter privado como el Estado propiamente dicho.

Igualmente se acude a diversas clases de incentivos para que los ciudadanos aumenten su nivel de ahorro, entre ellos pueden estar, altos intereses, mayores niveles de liquidez, y de suma importancia, la seguridad garantizada del dinero ahorrado; a través de estos y otros instrumentos, las entidades financieras, especialmente las bancarias, compiten entre sí.

23 WYNNNE, JOSÉ, *Ahorro para el crecimiento: análisis de las políticas de incentivo*, Buenos Aires, Ministerio de Finanzas, 1997, p.3. Recuperado de: https://faculty.fuqua.duke.edu/~josew/Jose_archivos/ahorro.pdf

24 Véase CÓRDOBA, ANA. Cit., p.96.

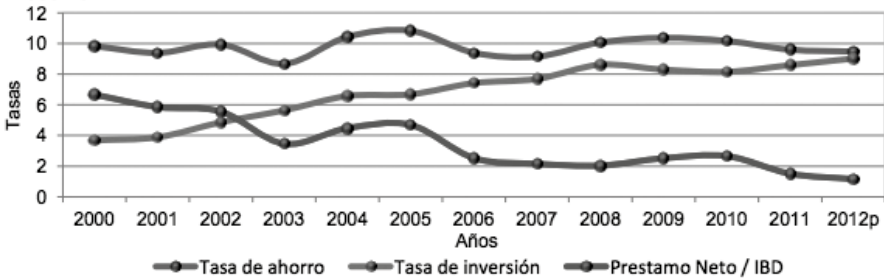
El sistema de captación de ahorro se halla estrictamente regulado y vigilado por entidades como la Superintendencia Financiera, o el Banco de la República, muy poco es dejado al azar, se regulan desde las diferentes tasas de interés, el encaje bancario, los fondos de inversión, etc. Todo ello para que el ahorro sea manejado adecuadamente, y no se produzcan pérdidas ni falsas expectativas en los ahorradores.

Si a lo anterior se le suma que hoy se ha concluido que solo entre DMG y DRFE, dos de las más grandes empresas de captación ilegal y masiva de dineros, obtuvieron casi 6 billones de pesos del público²⁵, y ello es además un estimativo conservador, es natural pensar que los niveles de ahorro de la economía colombiana para la época en la cual se sucedieron estos fenómenos, es decir, entre el 2007 y el 2009, estarían mínimamente afectados, de tal suerte que las estadísticas reflejarían el mencionado impacto; sin embargo, y sorpresivamente, ello no es así.

A continuación, y haciendo uso de estadísticas consolidadas por dos fuentes diferentes, se muestra como el nivel de ahorro en Colombia, se mantiene por lo menos estable, ello sin que se considere la influencia que tuvo la crisis mundial justamente en el año 2008.

La primera es una gráfica extraída del informe “Cuentas anuales-Colombia. Sectores institucionales comportamiento 2000-2012 elaborada por el DANE²⁶, en la que se muestra la tasa de ahorro, la cual corresponde al nivel de lo ahorrado frente al PIB, esta comienza en un valor de 10 para el año 2000 y se mantiene más o menos estable hasta el año 2012.

Gráfico 75. Comportamiento de las tasas de ahorro, inversión y préstamo neto de los Hogares 2000-2012^P



25 Véase “El país de las pirámides.” Semana. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-pais-de-las-piramides/395282-3>

26 Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE. (2012) Cuentas anuales-Colombia. Sectores institucionales comportamiento 2000-2012. Recuperado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/anuales/ccrg_base2005/Bol_Sec_ins_serie2000_2012prov.pdf

En el siguiente cuadro²⁷ se muestra el promedio por país del ahorro total como porcentaje del PIB, que para Colombia da un estimado positivo, toda vez que refleja un aumento del mismo para el periodo 2004-2010 en relación con el inmediatamente anterior.

CUADRO I.4
AMÉRICA LATINA: AHORRO TOTAL
(Como porcentajes del PIB)

	1980-1981	1982-1990	1991-1994	1995-1998	1999-2003	2004-2010
Argentina	24,5	18,4	17,7	20,0	15,2	22,5
Bolivia (Estado Plurinacional de)	15,8	13,5	15,8	18,7	16,1	15,1
Brasil	24,1	21,5	20,4	17,4	17,2	18,1
Chile	21,5	19,0	24,2	26,9	21,5	21,3
Colombia	19,8	19,9	22,5	22,2	16,2	22,1
Costa Rica	27,8	25,4	19,8	18,2	19,5	23,2
Cuba	--	25,4	8,0	12,8	10,7	11,0

Para la presente investigación no logró hallarse estadística alguna que mostrara resultados negativos o que reflejara alteraciones no esperadas en el nivel de ahorro en la economía colombiana para el periodo de mayor auge de las diferentes pirámides; sin embargo se podría objetar que no habría forma de que los resultados de los comportamientos captadores se viesan reflejados en una estadística que se realiza con base en el PIB dada la magnitud del mismo; no obstante no puede ignorarse el volumen de captación alcanzado por las diferentes captadoras ilegales, mencionar solo tres de las más importantes, como lo fueron DMG, DRFE e Inversiones Costa Caribe, las cuales captaron aproximadamente 4,796 billones de pesos, 5 billones de pesos y 432 mil millones de pesos respectivamente, en sus primeros 2 años de funcionamiento. Es importante aclarar, además, que es imposible tener en cuenta la denominada cifra negra de criminalidad al momento del análisis.

Teniéndose en cuenta las astronómicas cifras dinerarias que ya se han mencionado, que el nivel de ahorro en la economía colombiana no sufrió cambios que puedan atribuirse a este fenómeno, y no contándose con ninguna otra estadística que pudiera dar cuenta del impacto de las pirámides en el nivel de ahorro en Colombia, debe descartarse que este sea el posible bien jurídico colectivo a tutelar por el artículo 316 del Código Penal.

27 Comisión Económica para América Latina- CEPAL, La inversión y el ahorro en América Latina: nuevos rasgos estilizados, requerimientos para el crecimiento y elementos de una estrategia para fortalecer su financiamiento. Macroeconomía del desarrollo, p.129. Recuperado de: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp>. El cuadro fue recortado, toda vez que contaba en su lista con cada uno de los países de América Latina.

En respaldo de lo anterior se ha dejado para este momento la verificación de si el ahorro nacional, como bien jurídico, cumple con los elementos característicos de los bienes jurídicos colectivos, a los cuales se ha hecho mención anteriormente, en razón de enlazar con mayor coherencia el siguiente apartado del presente texto.

En primer lugar, la titularidad compartida podría afirmarse inicialmente, en el entendido de ser este un agregado macroeconómico, que como tal, obedece al conjunto de operaciones o estadísticas totales de una economía, sin embargo, si se acude a la definición que del mencionado término brinda el Banco de la República, comienzan a aparecer obstáculos para afirmar el cumplimiento del primer criterio, dice tal definición:

Cuando se habla de agregados económicos se hace referencia a la suma de un gran número de acciones y decisiones individuales tomadas por personas, empresas, consumidores, productores, trabajadores, el Estado, etc., las cuales componen la vida económica de un país²⁸.

De lo anterior se colige que no podrá cumplirse con otro de los criterios que se han aceptado como constitutivos de un bien jurídico colectivo, como lo es, la indivisibilidad del mismo, en razón de que el ahorro nacional, será el consolidado de la suma del ahorro de las familias, instituciones privadas, empresas y gobierno en general, y que a pesar de la dificultad para el cálculo del mismo, es esencialmente divisible; en otras palabras, el ahorro nacional es la suma de ahorros privados que como tales corresponden al patrimonio de un ente determinado, llámesele familia, empresa o gobierno, el cual ostenta todas las características de un bien jurídico individual²⁹.

Antes de continuar con la conclusión que se extrae del párrafo pasado, es oportuno adelantarse a tesis que afirmen la naturalidad de no poder verificar la lesividad del comportamiento de captación ilegal, respecto de los bienes jurídicos antes propuestos, porque precisamente creen, es una característica de los bienes colectivos el no poder ser lesionables, y que en razón de lo anterior se encuentra justificado el uso de las técnicas de peligro abstracto. Como expone Soto Navarro "el peligro es el estadio previo a la lesión y el adelantamiento de la tutela a través de delitos de peligro sólo tiene sentido para evitar la posible lesión del bien jurídico, por lo que si ésta no se determina, difícilmente lo será la efectiva puesta en peligro del bien

28 Tomada de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/agregados_economicos, en fecha 29 de octubre de 2015.

29 "Si a la hora de identificar un bien jurídico colectivo no se es capaz de encontrar tras él más que bienes jurídicos de naturaleza individual, ese bien jurídico es superficial y habría que prescindir de él." SOTO NAVARRO, SUSANA, Cit., p.213.

jurídico (peligro concreto) o la peligrosidad general de una acción (peligro abstracto).”³⁰ He ahí una razón más para limitar el uso de la técnica del peligro abstracto.

Es fundamental reiterar la oposición a las llamadas técnicas acumulativas, es decir, aquellas que parten de la pregunta ¿Sí todos lo hiciéramos? para afirmar que por más que un comportamiento individual no ponga en efectivo riesgo el bien jurídico colectivo tutelado, ello no es óbice para su castigo, toda vez que de la repetición constante del mismo es seguro que sí se derivarían lesiones para el bien protegido, y por ello debe castigarse. Y deben rechazarse no solo porque pugnan con el principio de responsabilidad personal, sino también porque vulneran el principio de lesividad.

Las técnicas de acumulación evaden la búsqueda de entidades lesionables que puedan convertirse en el elemento rector de determinado tipo penal, ello evita a su vez que pueda concluirse válidamente que un tipo no protege un bien jurídico colectivo, por más que el legislador, o alguna parte de la doctrina así lo hayan afirmado. Lo cual es justamente el caso de la presente investigación.

5. El delito de captación masiva y habitual de dineros protege un bien jurídico individual: el patrimonio.

En el apartado anterior se emprendió la búsqueda de un bien jurídico colectivo, que pudiera convertirse en el eje rector del tipo penal de captación, y que además permitiera solventar los problemas de legitimidad que aquejan este tipo de bienes; para ello debería cumplir con los criterios de titularidad compartida, indisponibilidad e indivisibilidad, y además configurarse en una entidad parte del sistema económico que pudiera lesionarse, y dicha lesión constatarse de manera fehaciente. Ello no fue posible a pesar de que se propusieron dos alternativas de bien jurídico, las cuales fueron planteadas de manera posterior a un estudio sobre los posibles efectos de las pirámides en la economía; tales hipótesis no cumplían con todos los requisitos que se listaron anteriormente, y por ello debieron ser descartadas, dando lugar a que se presentara un bien jurídico individual como otra alternativa para responder a la pregunta por lo protegido en el delito de captación masiva y habitual de dinero.

Proponer que a través del delito de captación se protege el patrimonio, va en contra vía de las opiniones que sustentan tanto la doctrina como la Corte Constitucional, no obstante, como ya se mencionó, afirmar que a través del tipo del art. 316 se resguarda el orden económico y social, es tanto como no decir nada, puesto que el orden económico está compuesto por un sin fin de instituciones y actividades. Sostener

30 Ibíd. p.307.

tal afirmación equivale a esquivar la tarea de hallar interpretaciones respetuosas del principio rector de lesividad.

Argumentar que con este tipo penal se protege el patrimonio como bien jurídico individual no solo solventa el problema del bien jurídico, sino que además ayuda a identificar con suma claridad cuáles son los comportamientos captadores que pueden lesionarlo, y que por lo tanto deben ser objeto del Derecho Penal.

En primer lugar, cuando se habla de patrimonio, se está hablando de aquel ahorro privado correspondiente a las unidades familiares, o a las empresas que es entregado a las entidades captadoras con el fin de recibir como contraprestación intereses exorbitantes sobre el mismo, en un periodo ínfimo de tiempo.

Alrededor del concepto de patrimonio se han elaborado múltiples teorías de cara a determinar cuál es la definición adecuada del mismo para los fines del derecho penal; una primera tesis, conocida como concepto formal de patrimonio, hoy en desuso, entiende que "el daño típico en la lesión de un derecho patrimonial, consistente en una pérdida de este o en su transformación de manera contraria a las previsiones permitidas por el ordenamiento jurídico."³¹

Una segunda tesis, sostiene una definición netamente económica del patrimonio según la cual "pertenecen al patrimonio todas las posiciones de significación económica, y únicamente aquellas posiciones de significación económica."³² Ello quiere decir que todo aquello que sea valorable económicamente y por lo que otro esté dispuesto a pagar, hace parte de la definición de patrimonio. Sin importar si aquella entidad valorable monetariamente es o no legal.

Algunas tesis, actualmente de mayor aceptación sostienen que solo los objetos, posiciones o situaciones evaluables económicamente pueden integrar la noción de patrimonio, e introducen como elemento diferenciador de la tesis anterior, el negar el carácter de elemento patrimonial de aquello que se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico, sin importar que para su titular pueda reportar un claro beneficio económico³³. Esta última acepción de patrimonio es la que se tomará aquí como idea rectora del patrimonio como bien jurídico tutelado por el tipo penal de captación.

En conclusión, se sostiene aquí que el delito bajo estudio protege como bien jurídico el patrimonio, primero porque es este el objeto material captado del público, en

31 BATARRITA, ADELA, "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. La teoría de la frustración del fin". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, p.94. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>

32 *Ibíd.*, p. 98.

33 Véase *Ibíd.*, p. 100.

segundo lugar, porque es el patrimonio el que se ve sometido a riesgos no permitidos, y es por ello que sobre él se realizará el juicio de puesta en peligro o de lesión, necesario para afirmar la imputación al tipo objetivo. En otras palabras, sí el patrimonio captado de forma masiva y habitual, es puesto en peligro o lesionado, habrá de afirmarse la imputación objetiva en el delito de captación aquí estudiado. A continuación se reflexionará sobre este punto con mayor detenimiento.

6. El tipo penal objetivo del delito de captación masiva y habitual de dineros.

En este lugar se pretende reflexionar sobre los elementos tradicionales que componen el tipo penal objetivo, aplicados al delito de captación. Sobre el particular no se ha encontrado en Colombia ninguna elaboración doctrinal satisfactoria desde las premisas valorativas ya expuestas, por lo mismo el siguiente apartado es apenas una aproximación a todas luces necesaria.

El sujeto activo en una primera impresión, no reviste mayores dificultades; podría afirmarse que todo aquel que capte dinero del público o realice cualquier otro acto que pueda ser enmarcado en uno de los múltiples verbos rectores del tipo, siempre y cuando *lo haga sin la respectiva autorización administrativa*³⁴, incurre en el ilícito penal de captación masiva y habitual de dinero.

Como se dijo ya, el delito aquí estudiado ha sido tipificado haciendo uso de la técnica del peligro abstracto, ello no solo acarreará problemas al momento de analizar los comportamientos típicos -tarea que se acomete posteriormente- sino que también es relevante a la hora de definir el sujeto activo del tipo; toda vez que no se necesita sino la captación no autorizada para convertirse en el sujeto activo, se desecha inmediatamente cualquier referencia al bien jurídico, y se utiliza como criterio constituyente de la calidad aquí tratada, la simple falta de autorización administrativa.

Lo anterior lleva a inconsecuencias lógicas como afirmar que Interbolsa, a través de su representante legal, o administradores, no podía incurrir en el delito de captación masiva y habitual puesto que contaba con la autorización administrativa para captar dinero del público a través de los contratos de comisión celebrados con sus clientes³⁵; y como

34 La discusión sobre “Cuál haya de ser la técnica más adecuada para configurar el bien jurídico y los tipos penales sobre la base de referentes normativos externos está aún por desarrollar. La solución del legislador, un tanto precipitada en la mayoría de los casos, ha sido estructurar la norma penal como mera garantía del respeto a una serie de límites y condiciones establecidos por la Administración pública, que se insertan en el tipo como elementos normativos y cuya violación se constituye en núcleo del contenido de injusto.” SOTO NAVARRO, SUSANA, Cit., p. 220.

35 “El contrato de comisión es aquel mediante el cual el comisionista se obliga a realizar, por cuenta y

es hoy de conocimiento público ello no es así, justamente el delito de captación fue uno de los varios delitos que se les imputaron a los directivos de este Fondo de Inversión³⁶.

El párrafo precedente confirma la idea que aquí se defiende de que contar con la autorización administrativa no es óbice para que pueda imputarse el delito de captación masiva y habitual, toda vez que, como se pondrá de presente a continuación, lo determinante no es la aprobación administrativa, sino la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico a través de la modalidad de captación pública de dinero, por lo que no se requiere ninguna calidad especial para ser el sujeto activo de este delito.

El legislador ha optado por incluir en la redacción del tipo penal, una variopinta cantidad de verbos rectores a fin de abarcar cualquier posible comportamiento relacionado con la captación ilícita de dineros del público, "Este proceder legislativo resulta contrario a la necesidad de taxatividad y certeza, presupuestos necesarios para afirmar, entre otras cosas, la plena vigencia de la seguridad jurídica"³⁷

El tipo penal está conformado por "El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente..." a través del cual se pune tanto la autoría como la participación en la comisión de la conducta. Particular interés reviste la expresión cualquier otro acto, por ser una remisión al operador jurídico para que a su juicio incluya aquí cualquier conducta que no pueda ser enmarcada en las expresiones anteriores.

En Colombia han habido múltiples ejemplos de empresas dedicadas a la captación masiva de recursos del público, no obstante sobre las formas en las que operan no existe claridad; ello no es aquí determinante puesto que cualquier comportamiento típico ha de ser enmarcable en las categorías elaboradas por la dogmática de la parte general del derecho penal, en este caso especialmente las que hacen parte de la doctrina de la imputación al tipo objetivo, como lo son la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y la plasmación del riesgo en el resultado, categorías que han sido acogidas por el Código Penal, y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte

encargo del comitente o cliente, la suscripción, compra o venta de unos determinados valores; este contrato se perfecciona o adquiere plena vigencia para las partes a partir del momento en que recibe la orden." Tomado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=11206>

36 Véase entre otros <http://www.semana.com/nacion/multimedia/semana-en-vivo-habla-el-fiscal-general-en-semana-en-vivo/403752-3>

37 ARIAS, DIANA, Cit., p.243.

Suprema de Justicia ³⁸.

En el tránsito económico actual, la actividad de captación de dinero del público es primordial para las funciones básicas de la economía, por ello existen instituciones que tienen como objetivo primordial tal tarea; ello es una actividad permitida que es ejercida por bancos, cooperativas financieras, fondos de inversión, entre otros. No obstante su necesidad, esta empresa supone un riesgo para el dinero captado al verse sometido a la administración por parte de un tercero; y dadas las grandes sumas que se regentan, las consecuencias de un mal manejo serían notorias para el sistema financiero, ahorradores e inversionistas. Por ello, y a pesar de ser una labor autorizada, entraña un riesgo que hace que esté supeditada al control y vigilancia permanente de entidades estatales, tales como la Superintendencia Financiera o el Banco de la República.

Los bancos son instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término. Sus operaciones autorizadas se encuentran establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en leyes complementarias; encuentran también limitantes y prohibiciones respecto de las inversiones que pueden realizar con los dineros captados, el manejo de sus activos, y demás. Todo ello, junto con las directrices fijadas por la Superfinanciera y el Banco de la República, constituye el ámbito de riesgo permitido en el cual se desarrolla la actividad de captación masiva y habitual de dinero.

Los Fondos de Inversión Colectiva (FIC) son otra de las formas de captación de dinero del público, con un objetivo diferente al de los bancos, los FIC captan dinero normalmente de un público especializado, denominado inversionistas. Se encuentra regulado por el Decreto 1242 de 2013, y presenta normalmente un mayor nivel de riesgo que las entidades bancarias, entre ellos se encuentran los riesgos operativos, los riesgos de mercado, de liquidez, de crédito, entre otros. Todos estos riesgos deben preverse, y mitigarse con múltiples instrumentos que no es del caso mencionar, pero que hacen de estos fondos una actividad dentro del riesgo permitido, a pesar de que en ningún momento puedan siquiera asegurar una rentabilidad mínima acerca de lo invertido. El riesgo en los FIC depende de múltiples factores, como los activos en los cuales se invierta, los plazos de la inversión, etc. Que obligan a que la decisión del inversionista sea absolutamente informada, y consciente. Con el cumplimiento de estos y otros requisitos esta labor es completamente lícita, a pesar del peligro de pérdida para el dinero captado.

38 Véase entre otras, las siguientes sentencias de la sala penal de la C.S. J., radicados No.27388 ocho (8) de noviembre de 2007, No. 32174 02 de septiembre de 2009, No. 36854 de 27 de febrero de 2012.

El cumplimiento de los requisitos de ley, exigidos para otorgar la autorización administrativa que le permite a determinada entidad financiera captar dinero del público, pasa a formar parte del tipo penal del artículo 316 cuándo este inserta tal elemento normativo -la autorización- en su texto, y cuya no satisfacción pareciera constituirse en el núcleo del injusto penal; esto como expresa Soto Navarro "(...) acaba por conferir a la norma penal una mera función sancionadora respecto a la normativa y/o actos administrativos, comprometiendo los principios de lesividad y fragmentariedad, pero también el principio de legalidad, tanto en su vertiente formal (reserva de ley) como en su vertiente material (garantías de certeza y taxatividad)."³⁹

Que el tipo penal que se estudia lleve inmersa la remisión a un acto administrativo, como es la autorización para captar dinero del público, plantea más problemas de los que resuelve, si bien dicha autorización concreta los deberes cuyo incumplimiento integra la conducta típica, conduce a un plano olvidado la pregunta por el principio de lesividad, haciendo depender la intervención penal de una actuación administrativa previa que finalmente nada resuelve; en otras palabras, no contar con ella comporta la intervención penal, pero tenerla no la excluye, como quedó claro a partir del caso de Interbolsa.

Más concluyente aún es la opinión de Soto Navarro, quien expresa que, "(...) la autorización administrativa no garantiza por sí misma un control de lesividad para el bien jurídico protegido; y al contrario, la falta de autorización no comporta automáticamente el que la conducta requiera una intervención penal."⁴⁰

En consecuencia, la sola captación sin la autorización administrativa en virtud del principio de lesividad, no puede dar lugar a la configuración del tipo penal del art. 316. Se necesita además que esta cree un riesgo jurídicamente desaprobado; una fórmula de arreglo expuesta por la autora antes citada concluye que "lo relevante para integrar el tipo no será la ausencia de autorización en tiempo y forma debidos, sino la ausencia de aptitud para obtenerla por no reunir la conducta las condiciones materiales exigidas"⁴¹. Ello entraña un indicio de lesividad, toda vez que el no ser susceptible de autorización administrativa responde a la falta de idoneidad para conjurar los riesgos inherentes al manejo de dineros públicos. Para el caso bajo estudio, se concluye que cuando se esté ante una conducta captadora, tenga o no autorización administrativa, lo importante será verificar si sería susceptible de autorizar, al cumplir con los requisitos necesarios para mantenerse dentro del riesgo permitido.

39 SOTO NAVARRO, SUSANA, Cit., p.220.

40 *Ibíd.* p.222.

41 *Ibíd.* p.223.

Por el contrario, y sí se fuera consecuente con la técnica del peligro abstracto, y con la necesidad de la autorización administrativa para conjurar los peligros para el bien jurídico, en el caso Interbolsa no podría haberseles imputado el delito de captación masiva y habitual de dinero, toda vez que contaban a todas luces con la autorización y el beneplácito de las autoridades administrativas, por lo que de conformidad con el principio de unidad del ordenamiento jurídico no podría estarles autorizado administrativamente la captación, y luego imputárseles penalmente por esta⁴²; por otro lado y como se considera en el presente trabajo, si lo determinante no es la falta de autorización, sino el someter los dineros captados a riesgos jurídicamente desaprobados, es totalmente plausible que se configure el delito de captación ilegal en el mencionado ejemplo.

La creación de un riesgo desaprobado debe pues ligarse estrictamente al bien jurídico tutelado, y en razón del mismo, ponderar cuando se está ante conductas que revisten la gravedad suficiente como para hacer menester la intervención penal, y cuando es todo lo contrario, como es el caso de las denominadas “natilleras” en nuestro país, a través de las cuales un grupo de amigos o familiares entregan de manera semanal normalmente, una cuota mínima a uno de sus integrantes, que en nada afecta su patrimonio, y que descarta la necesidad de intervención del derecho penal, por tratarse de lo que se conoce como una conducta bagatela.

Antes de continuar con el siguiente paso de plasmación del riesgo en el resultado, vale la pena poner de presente que en este artículo se ha descartado al delito de captación como un delito de peligro abstracto, para afirmar por consiguiente que es un delito de peligro concreto; adoptando la postura de Terradillos Basoco (1999: 71) quien entiende que “la creación de peligro supone aminoración de las condiciones de seguridad en que se encuentra un determinado bien jurídico (o el objeto en que se materializa un bien jurídico), concurrirán en el supuesto tanto un resultado jurídico -afectación al bien jurídico imprescindible en todo delito-, como un resultado fáctico -alteración del mundo exterior-, diferenciable espacial y cronológicamente del comportamiento.”⁴³

En razón de lo anterior, “la constatación de que se afectó a las condiciones de seguridad de un bien jurídico hasta el punto de colocar a este en situación próxima a la

42 Al no exigirse resultado alguno, la creación del riesgo y la plasmación del mismo se realizan en el instante en el que se capta sin autorización, ergo, al contarse con esta, no existe riesgo y no habrá que preguntarse por la plasmación del mismo; tal planteamiento es extremadamente formalista, y lleva a inconsecuencias como las que ya se han mencionado.

43 TERRADILLOS, JUAN, “Peligro abstracto y garantías penales”, en Revista *Nuevo Foro Penal*, núm.62, Medellín, Temis-Universidad de Antioquia, p.73.

lesión, requiere de un análisis *ex post* no solo sobre la entidad del peligro creado, sino también sobre su proximidad al bien jurídico”.

Por ello, el segundo momento de la imputación al tipo objetivo en este delito, no coincidirá con el momento de la creación del riesgo, al estilo de los delitos de mera actividad, sino que requerirá un juicio posterior acerca de la lesividad del comportamiento bajo análisis, tarea que se acomete en seguida.

El momento de la imputación al tipo objetivo conocido como realización o plasmación del riesgo no permitido en el resultado, hace referencia a que el resultado se dé como consecuencia de la actividad creadora del riesgo, es decir que haya identidad entre el riesgo creado y el resultado producido. Para el caso del delito de captación ilegal, *prima facie* la realización del riesgo en el resultado sería la pérdida del patrimonio, sin embargo y habida cuenta de que se parte de una tipificación en sede de peligro, hay que preguntarse por las situaciones que suponen un peligro concreto para el bien jurídico.

En la búsqueda de una hermenéutica respetuosa del principio de lesividad debe hacerse un esfuerzo por hallar comportamientos dentro de los cuales pueda enmarcarse la puesta en peligro o consecuente lesión al bien jurídico tutelado, puesto que el tipo penal que se trata no hace referencia a resultado alguno y no siendo aceptable la idea de concebir que sea este un delito de mera actividad la empresa es aún más compleja; para ello se plantean tres tipos de situaciones en las cuales el riesgo creado al captar ilegalmente es materializado en el resultado, por supuesto no se descarta que existan otras, sin embargo parecen estas las de mayor relevancia.

La primer situación en la cual la captación masiva vulnera el bien jurídico tutelado es la destinación a fines ilícitos del dinero captado, sean cuales fueren. Si bien los dineros lícitos que entran en contacto con cualquier actividad ilegal no son inmediatamente contagiados por la ilicitud del comportamiento, toda vez que como indica el estatuto procesal penal colombiano, al tratar el tema del comiso⁴⁴, deben respetarse los derechos de las víctimas y de terceros de buena fe al momento de este; casi nunca las conductas captadoras permiten diferenciar los recursos provenientes de terceros, de los de la persona penalmente responsable; igualmente la recuperación de los dineros una vez efectuada la intervención penal, como es ejemplo el caso de DMG,

44 El artículo 82 de la ley 906 de 2004 en su primer párrafo dice: “El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.”

es mínima⁴⁵. Lo que conlleva una puesta en peligro inmediata para el patrimonio, que como se explicó antes es el bien jurídico tutelado.

Una segunda actividad, la cual se relaciona inmediatamente con la captación masiva y habitual de dineros, y que se conoce comúnmente como “pirámide” consiste en pagar altísimos intereses a los clientes viejos a partir del dinero aportado por los nuevos. La idea inicial, a partir de la cual se entrega un rendimiento en proporción al dinero que consignan los ahorradores en la “empresa” y al tiempo que permanezca aquel en esta, no es nada diferente de la labor que realizan ciertas cooperativas, y es el principio de la actividad bancaria en general. No obstante, es la cantidad de intereses pagados la que genera que este comportamiento se constituya en un peligro para el bien jurídico, toda vez que es exponencialmente imposible mantener el flujo nuevo de personas que permitan cancelar con seguridad los intereses ofrecidos.

Como es de conocimiento público, algunas de las personas que entregaron su dinero a DMG⁴⁶ recibieron cumplidamente el dinero prometido, sin embargo y como lo demuestran múltiples estudios económicos este esquema piramidal es inviable. Por ello, y a pesar de que muchas de las personas que entregaron su dinero a DMG no sufrieron pérdidas, esta es una actividad que plasma el riesgo creado en el resultado. Sea por los tantos que perdieron su patrimonio, y se encuentran inmersos en un proceso de reparación a víctimas; o por los que simplemente tuvieron suerte y recibieron cuantiosas ganancias por dicha actividad⁴⁷.

Un último ámbito de conductas, que pudiera resultar debatible, es el de someter los dineros captados a inversiones riesgosas, a tal punto que resulten inviables. Quizás ello sea difícil de determinar inicialmente, pero sí se piensa que las entidades financieras como los bancos o los fondos de inversión, encuentran limitantes de diferentes tipos al momento de realizar sus inversiones en aras de salvaguardar el dinero que les ha sido entregado, no resulta descabellado pensar que el superar

45 Véase: [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/A/afectados _ por _ dmg _ recibiran _ 500 _ mil _ pesos/afectados _ por _ dmg _ recibiran _ 500 _ mil _ pesos.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/A/afectados_por_dmg_recibiran_500_mil_pesos/afectados_por_dmg_recibiran_500_mil_pesos.asp)

46 Cabe resaltar que DMG no funcionaba bajo un esquema tan simple como el de solo pagar intereses con el dinero que ingresaba de los nuevos clientes; DMG contaba con todo un esquema empresarial, en sus múltiples establecimientos comerciales los miembros podían adquirir bienes muebles de diversas clases como rédito al dinero entregado. Igualmente el ingreso de capitales ilícitos hacía parte del acontecer empresarial de DMG. Todos estos factores hicieron que dicha empresa no defraudara a la mayoría de sus clientes, muchos de los cuales se manifestaron en defensa de la misma una vez se inició la intervención estatal de aquella.

47 Este párrafo refleja una problemática que comienza a dilucidarse en torno a las captadoras ilegales, y es el conocimiento previo que tienen algunas personas acerca de la actividad piramidal que desarrolla la empresa a la cual entregan su dinero, asumiendo el riesgo de ganar o perder. Sobre ello se reflexionará al final de este apartado.

dichas limitantes constituye un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, al tornarse tan riesgosas que resultan inviables.

Ligado al tema que se venía tratando respecto de las inversiones a las cuales se ven sometidos los dineros captados, habrá que afirmar que se excluye la imputación al tipo objetivo cuando las inversiones realizadas con estos, son de las que hacen parte del tránsito financiero común en el mercado colombiano, e inclusive internacional; a pesar de que la captación inicial se haya realizado sin la debida autorización de la autoridad competente. Ejemplo de ello será transar con los dineros captados en la Bolsa de Valores de Colombia, en la compra y venta de acciones, o en la negociación de divisas, todo ello dentro del marco legal, y redistribuyendo las ganancias fruto de estas operaciones a prorrata entre las personas que entregaron su dinero a la empresa captadora. Puesto que si bien, se capta inicialmente a riesgo, no hay realización del mismo en el resultado⁴⁸. disponible⁴⁹, habrá que concluir inicialmente la licitud de los comportamientos captadores que funcionan bajo un esquema piramidal, o esquema de Ponzi, en los cuales se le informa previamente al depositante dicha situación. No obstante es a todas luces una situación problemática que debe sujetarse a los principios del ordenamiento jurídico colombiano.

Antes que nada afirmar que la teoría del consentimiento encuentra apoyo en la libertad de acción garantizada constitucionalmente, implica que debe ser sustentada a pesar de que pueda llevar a conclusiones no acordes con ciertos esquemas morales o políticos. Y que por lo polémico de las consecuencias, el tratamiento de los casos debe apearse estrictamente a los desarrollos de esta teoría, de tal suerte que pueda determinarse con claridad cuando el consentimiento prestado tiene la capacidad de excluir el tipo. (art.32 del C.P.)

Para que el consentimiento tenga la capacidad de excluir la intervención penal debe configurarse de manera adecuada y suficiente, ello supone en primer lugar la

48 Este razonamiento no está exento de interrogantes, el principal se presentará cuando a pesar de que la inversión realizada sea de aquellas que hacen parte del tráfico financiero regular, el patrimonio se vea lesionado, y no pueda responderse a la pregunta de si el *comportamiento alternativo conforme a derecho* hubiese desencadenado el mismo resultado. Los partidarios de la *teoría del incremento del riesgo* centrarán su atención en el mérito que debe atribuírsele a la autorización administrativa como norma de cuidado y la disminución del riesgo para el bien jurídico; no obstante, también tiene cabida en la discusión la postura que privilegia el principio del *"in dubio pro reo"* según la cual "solo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado." ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal: parte general*, Madrid, Civitas, 1997, p. 380.

49 "Si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado." *Ibid.* p.517.

titularidad del bien jurídico, seguidamente una indiscutible capacidad de entendimiento, la cual se evidencia normalmente con la mayoría de edad; es necesaria también una manifestación externa del mismo o cuando menos una acción concluyente que evidencie aquel; y por último, que la voluntad esté exenta de vicios, tales como engaño, errores o cualquier forma de violencia.

A diferencia del consentimiento prestado en los fondos de inversión de alto riesgo, en los cuales el objeto versa sobre la posibilidad de pérdidas, que por ende, pueden o no presentarse; el consentimiento respecto de las actividades captadoras piramidales es mucho más complejo, no obstante saberse que habrán siempre mayores lesionados que afortunados ganadores, es notorio que puede obtenerse algún beneficio monetario; es una apuesta riesgosa toda vez que se insiste, irremediamente el número de lesionados será mucho mayor que el número de favorecidos; no obstante, puesto que la cifra de ambos es incierta, al igual que el momento en el cual se producirá el colapso de la pirámide; algunos podrán jugar con las circunstancias, y someter el patrimonio a tal apuesta.

Como es sabido el patrimonio es un bien jurídico disponible, *ergo* la actividad piramidal no debería ser punible, siempre y cuando se den las condiciones para que los "apostadores" presten un consentimiento válido, a pesar de que dicha actividad sea vista como contraria a las buenas costumbres.

En general no materializan el riesgo creado todas aquellas transacciones a las que se somete el dinero captado que se realicen dentro del marco legal, y que por ende arrojen como resultado el pago de intereses similares al común denominador del mercado para el momento en el cual se lleven a cabo; a pesar de que sean realizadas sin la autorización de la autoridad competente, toda vez que el bien jurídico no es puesto en peligro.

Existe un último punto sobre el cual vale la pena hacer mención, aunque como tal merecería una reflexión mucho más detenida. Como se mencionó a pie de página, el conocimiento previo por parte del sujeto pasivo de que el dinero entregado se consigna en una pirámide implica el consentimiento por parte del titular del bien jurídico⁵⁰, y al ser el patrimonio un bien jurídico sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión." Además, como se mencionó en un inicio, adoptar el principio

50 El consentimiento es expresión de una teoría liberal del Derecho Penal, según la cual "Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portados del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión." *Ibíd.* p.517.

de lesividad conlleva la ilegitimidad de castigar conductas que únicamente acarrearán daños para uno mismo, o que resultan justificándose solo por su “inmoralidad”.

Por el contrario, cuando no pueda prestarse un consentimiento eficaz, o el dinero captado es destinado a operaciones ilícitas, deberá afirmarse la punibilidad de las conductas de captación masiva y habitual de dinero.

7. Conclusiones.

Son tres los principales puntos que se quieren resaltar como corolario de lo precedente:

En primer lugar, el delito de captación masiva y habitual de dinero, pese a la postura mayoritaria, no protege un bien jurídico colectivo, por lo menos no desde las premisas teóricas adoptadas en el presente artículo, las cuales exigen que se compruebe un mínimo grado de dañosidad social, acorde con el principio de lesividad material, y de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por el contrario, se ha constatado que esta conducta menoscaba principalmente al patrimonio económico como bien jurídico individual.

En razón de lo anterior, el delito de captación no ha de configurarse como un delito de peligro abstracto, puesto que si el bien jurídico es el patrimonio económico, es menester exigirle al operador jurídico que pruebe mínimamente un *peligro concreto* sobre el bien jurídico, el cual se convertirá en muchos casos en un efectivo detrimento al patrimonio; el cual -cabe resaltar- no es necesario para la intervención penal, basta que se certifique el peligro concreto, habida cuenta de la importancia que tiene para el legislador desmotivar esta conducta, por lo cual ha adelantado la barrera de punición de la misma.

En el plano de *lege ferenda*, ha de propenderse por el empleo del derecho administrativo sancionador, para la intervención sobre todas aquellas conductas que se consideran contrarias al ordenamiento jurídico, pero que no ostentan la materialidad, y por ende, la lesividad para convertirse en ilícitos penales. Ello en razón de las menores exigencias probatorias de esta rama del derecho, justificadas a su vez por la menor gravosidad sobre los derechos fundamentales de las sanciones a las que acude.

Bibliografía

- ARIAS HOLGUÍN, DIANA, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*. (art. 301 CP) Madrid, Lustel, 2011,
- ARBOLEDA, MARIO. RUIZ, JOSÉ, *Manual de Derecho Penal: Partes general y especial*. Bogotá, Leyer, 2014.

- BATARRITA, ADELA, "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. La teoría de la frustración del fin". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, p.94. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>
- CÓRDOBA, ANA, "Las pirámides financieras: soporte de una economía atípica", *Revista Tendencias*, Vol. 9 Núm.2, p.95.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2005
- FABOZZI, FRANK. MODIGLIANI, FRANCO, Y FERRI, MICHAEL, *Mercados e instituciones financieras*. México: Prentice hall hispanoamericana S.A, 1996, p. 214.
- HASSEMER, WINFRIED, "¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?", en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- HERNÁNDEZ, HERNANDO, "De las pirámides al delito del ejercicio ilícito de la actividad financiera" en *Revista Derecho penal y criminología*, vol.30 Núm.88, 2009,
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F. 2002.
- PARRA, PEDRO ALFONSO, *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley. 2010.
- HEFENDEHL, ROLAND, "El concepto de bien jurídico y el principio del daño", en *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal: parte general*, Madrid, Civitas, 1997, p. 380.
- SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada, Comares, 2003.
- TERRADILLOS, JUAN, "Peligro abstracto y garantías penales", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm.62, Medellín, Temis-Universidad de Antioquia.
- WYNNE, JOSÉ, *Ahorro para el crecimiento: análisis de las políticas de incentivo*, Buenos Aires, Ministerio de Finanzas, 1997, p.3. Recuperado de: https://faculty.fuqua.duke.edu/~josew/Jose_archivos/ahorro.pdf