

¿CUÁL ES EL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA DE LA CONDUCTA PUNIBLE DE TESTAFERRATO EN SU CARÁCTER DE DELITO TRANSNACIONAL POR SU RELACIÓN CON EL LAVADO DE ACTIVOS, FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE PERSIGUEN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL?

LUIS GONZALO LOZANO PACHECO

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
BOGOTÁ D.C.
2010**

¿CUÁL ES EL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA DE LA CONDUCTA PUNIBLE DE TESTAFERRATO EN SU CARÁCTER DE DELITO TRANSNACIONAL POR SU RELACIÓN CON EL LAVADO DE ACTIVOS, FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE PERSIGUEN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL?

LUIS GONZALO LOZANO PACHECO

Monografía para optar el título de Magíster en Derecho Penal

Docente Tutor Investigador

Dr. ALVARO MÁRQUEZ CÁRDENAS

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
BOGOTÁ D.C.
2010**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D. C.

Este trabajo de investigación está dedicado primeramente al altísimo que ha sido la fuente esencial de nuestro trasegar por la vida.

A la Universidad Libre que me acogió en su seno como estudiante del Instituto de Posgrados y a su cuerpo docente, a quienes debo la formación intelectual como Especialista y Magíster en el área del Derecho Penal, que me han permitido fortalecer el proceso de enseñanza que comparto con los estudiantes de la Facultad y el Instituto de Posgrados en la actividad docente, me permitieron consolidarme en el ejercicio profesional como abogado; mi infinita y perenne gratitud.

AGRADECIMIENTOS

A mí querido amigo y compañero en el derecho penal y en el ejercicio de la docencia universitaria, el profesor **YEZID VIVEROS CASTELLANOS**, por su inconmensurable apoyo e invaluable solidaridad y confianza.

Al maestro **JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ** por sus profundas enseñanzas en el derecho penal y la formación como ser humano.

A Yolanda mi compañera incondicional, a mis hijos Lucho y Laura, todos ellos la razón de ser y el motor de mi existencia.

A todos los que de una u otra manera colaboraron para terminar este escalón en el proceso de construcción permanente de conocimiento, mis agradecimientos por siempre.

**AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE**

| | |
|--|--|
| <i>Fundador:</i> | <i>General Benjamín Herrera</i> |
| <i>Presidente Nacional:</i> | <i>Dr. Luís Francisco Sierra</i> |
| <i>Rector Nacional</i> | <i>Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié</i> |
| <i>Censor Nacional</i> | <i>Dr. Benjamin Ochoa Moreno</i> |
| <i>Secretario General</i> | <i>Dr. Pablo Emilio Cruz Samboni</i> |
| <i>Presidente Seccional</i> | <i>Dr. Eurípides de Jesús Cuevas</i> |
| <i>Rector Seccional</i> | <i>Dr. Fernando Dejanón Rodríguez</i> |
| <i>Decano</i> | <i>Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora</i> |
| <i>Secretario Académico:</i> | <i>Dr. Álvaro Aljure Moreno</i> |
| <i>Director Instituto de Posgrados</i> | <i>Dr. Carlos Bernardo Medina Torres:</i> |
| <i>Coordinador Derecho Penal</i> | <i>Dr. Luis Gonzalo Lozano Pacheco</i> |
| <i>Director de monografía</i> | <i>Dr. Alvaro Márquez Cárdenas</i> |

TABLA DE CONTENIDO

| | pag. |
|--|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| 1. PROBLEMA, HIPÓTESIS, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS | 12 |
| 1.1 PROBLEMA | 12 |
| 1.1.1 El testaferrato como delito transnacional | 12 |
| 1.2 HIPÓTESIS | 13 |
| 1.3 JUSTIFICACIÓN | 14 |
| 1.4 OBJETIVOS | 16 |
| 1.4.1 Objetivo general. | 16 |
| 1.4.2 Objetivos específicos | 17 |
| 2. LA GUERRA FRÍA Y SU RELACIÓN CON EL SURGIMIENTO DEL DELITO TRANSNACIONAL | 18 |
| 2.1 GLOBALIZACIÓN, CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA | 26 |
| 2.2 EL DELITO DE TESTAFERRATO EN EL MARCO DE LOS DELITOS TRANSNACIONALES | 33 |
| 2.2.1 Diferencias del delito transnacional frente al delito internacional | 34 |
| 2.3 NOCIONES INTERNACIONALES Y TRATADOS SOBRE EL DELITO TRANSNACIONAL | 38 |
| 2.3.1 Convención de Viena de 1988 | 40 |
| 2.3.2 Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo Italia, 12 de diciembre de 2000 | 42 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 2.3.3 | Grupo de Acción Financiera GAFI y otras entidades asimiladas | 45 |
| 2.3.4 | La Comisión Interamericana contra el abuso de drogas CICAD | 45 |
| 2.3.5 | Otras Iniciativas Internacionales | 47 |
| 3. | ANTECEDENTES Y SURGIMIENTO JURÍDICO DEL TESTAFERRATO EN COLOMBIA | 50 |
| 3.1 | EL TESTAFERRATO Y SU RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO TUTELADO | 63 |
| 4. | MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL TESTAFERRATO Y LAVADO DE ACTIVOS | 73 |
| 4.1 | CONVENCIÓN UNICA DE ESTUPEFACIENTES DE 1961 | 73 |
| 4.2 | PROTOCOLOS DE 1972 POR EL CUAL SE MODIFICA LA CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 | 74 |
| 4.3 | ESTRATEGIA INTERNACIONAL DE 1981 | 74 |
| 4.4 | LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988 | 75 |
| 4.5 | DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BASILEA | 79 |
| 4.6 | DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1990 | 80 |
| 4.7 | DECLARACIÓN DE SAN ANTONIO DE 1992 | 81 |
| 4.8 | REGULACIÓN MODELO DE LA OEA SOBRE EL LAVADO DE DINERO | 82 |
| 4.8.1 | Características del delito de Testaferrato | 84 |
| 4.8.2 | Interpretación Constitucional sobre los elementos del tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particular y su relación con el Testaferrato | 86 |
| 4.9 | LA CONDUCTA PUNIBLE DE TESTAFERRATO | 91 |
| 4.9.1 | Análisis jurisprudencial de la conducta de Testaferrato | 94 |
| 4.9.2 | La Cooperación jurídica internacional como un elemento fundante en el tratamiento del delito transnacional y el Testaferrato | 97 |
| 4.9.3 | Medidas de cooperación internacional frente a la delincuencia | |

| | |
|-------------------------------|------------|
| transnacional y el terrorismo | 101 |
| CONCLUSIONES | 113 |
| BIBLIOGRAFÍA | 116 |

INTRODUCCIÓN

El proceso de internacionalización de las relaciones económicas y políticas entre las naciones producto de la globalización y el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, han permitido una mayor interacción de los ciudadanos en el contexto universal y producido cambios profundos en las relaciones del hombre y su entorno social; a la par, el accionar delictivo se ha modificado, es cada vez más complejo, perfecciona y refina sus procedimientos para evitar ser detectado y ocultar el producto económico del delito, lo cual ha dado lugar a una verdadera *economía criminal* que traspasa las fronteras de las naciones, siendo cada vez más sofisticada y compleja en su dinámica.

Por esta razón, los Estados han tenido que unificar criterios desde los lineamientos trazados por los organismos internacionales como las Naciones Unidas, para enfrentar el accionar de organizaciones criminales estructuradas que actúan más allá de los límites geográficos de las fronteras patrias, reacción que se traduce en la aprobación de instrumentos internacionales diseñados para compartir instituciones penales, entre ellas, el principio de cooperación internacional para ser aplicadas en el derecho penal interno, como una forma de perseguir y sancionar efectivamente la delincuencia transnacional.

En este marco de referencia, el presente trabajo de carácter teórico y exploratorio, aborda el análisis histórico de los delitos transnacionales desde la guerra fría, examina las categorías Criminalidad Económica y Criminalidad Organizada junto al fenómeno de la globalización, el surgimiento de la criminalidad transnacional y su tratamiento en los convenios internacionales así como la diferencia del delito transnacional frente a delitos o crímenes internacionales, en un primer segmento.

En el ordenamiento jurídico colombiano se estudia el surgimiento, evolución y jurisprudencia del delito de testaferrato, su creación bajo las facultades del Estado de Excepción, las causas sociales que lo originaron y su conexión con verdaderas redes u organizaciones criminales como las del narcotráfico, la relación con la institución del Bien Jurídico en el derecho penal y específicamente el orden económico social, su caracterización y diferencias con los delitos de lavado de activos y encubrimiento por receptación, de donde proviene su origen.

Por último, se observa la necesidad de modificar la legislación colombiana y ponerla en consonancia con los tratados internacionales como las Convenciones de Viena y Palermo, entre otras, que han diseñado instituciones jurídicas a partir del fenómeno de la cooperación judicial recíproca entre Estados para la persecución de la criminalidad transnacional organizada, en procura de neutralizar el producto económico de su actuar delictivo.

En estas condiciones, se trata un tema nacional de amplia repercusión social, altamente pertinente y útil para el estudio de derecho penal económico en Colombia, de singular actualidad por tratarse de un asunto regulado desde los instrumentos internacionales aceptados por la comunidad de naciones, que implica examinar y adaptar la legislación colombiana a los estándares internacionales para atacar o contrarrestar efectivamente el producto económico de las organizaciones criminales, como objetivo central de los delitos transnacionales, en los que enmarcan el testaferrato y el lavado de activos.

1. PROBLEMA, HIPÓTESIS, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

1.1 PROBLEMA

1.1.1 El testaferrato como delito transnacional. Uno de los conflictos sociales de mayor importancia en el derecho penal contemporáneo es la evolución del crimen organizado, especialmente lo relativo al manejo del producto económico del delito y la transferencia de bienes ilegales, hoy conocida como criminalidad transnacional, actividad que se ha venido desarrollando en forma paralela a la internacionalización de la economía de las naciones; por tanto, resulta relevante examinar el tratamiento jurídico penal en nuestra legislación, para identificar el estado actual de la preceptiva relacionada con el producto económico de la actividad delictiva organizada, su regulación y compatibilidad frente a instrumentos internacionales que se ocupan de esa temática.

Como producto de la ineficacia de los mecanismos tradicionales de persecución penal, esto es, la investigación y juzgamiento de las conductas punibles tradicionalmente tipificadas en el orden interno, así como el evidente crecimiento del fenómeno denominado "*criminalidad sin fronteras*", catalogado jurídicamente como *Macrocriminalidad*, en razón a la considerable repercusión o lesividad frente a intereses jurídicos que resultan afectados por estas conductas tal como ocurre con los delitos de lavado de activos y testaferrato en la legislación patria, se muestra pertinente analizar nuevas propuestas y alternativas para enfrentar esta modalidad delictual, desde la perspectiva de las herramientas jurídicas que diseñan los tratados internacionales e instrumentos de cooperación judicial entre Estados.

Tales mecanismos son creados por la comunidad de naciones para unificar criterios frente a esta problemática, surgiendo la obligación de incorporarlos a la legislación nacional con el fin de adaptar el tratamiento interno de estos fenómenos de conformidad con los estándares internacionales.

Por las razones expuestas se propone el siguiente interrogante o problema de investigación, para ser desarrollado en el presente trabajo: **¿Cuál es el tratamiento jurídico en la Legislación Penal Colombiana de la conducta punible de Testaferrato, en su carácter de delito transnacional por su relación con el lavado de activos, frente a los tratados internacionales que persiguen la criminalidad organizada transnacional?**

1.2 HIPÓTESIS

Demostrar la precaria e incipiente relación entre la regulación jurídica prevista en instrumentos internacionales que tratan el delito transnacional y el crimen organizado frente a la sistemática penal colombiana, concretamente en materia de delitos contra el orden económico social y el punible de testaferrato, para identificar la falta de articulación de nuestro sistema jurídico con las instituciones creadas por los tratados internacionales que regulan en crimen organizado, lo cual muestra la falta de coherencia en estos dos ordenamientos jurídicos.

La hipótesis apunta a demostrar que no se han incorporado al sistema jurídico colombiano principios e instituciones reconocidas en el plano internacional para la persecución y sanción del producto económico de organizaciones criminales, que al no ser tenidas en cuenta en nuestra sistemática punitiva, a pesar de la lesividad de los delitos provenientes de las mismas a la que se vincula el producto económico ilícito, impiden una persecución eficaz, aumentan la impunidad y muestran la falta de coherencia de la legislación interna con relación a la

regulación prevista en tratados internacionales que abordan la problemática del crimen organizado y el producto económico del mismo.

1.3 JUSTIFICACIÓN

Los fenómenos de la globalización económica en el mundo, la internacionalización de las relaciones sociales e interdependencia de las naciones así como el desarrollo científico y tecnológico por el que atraviesa la humanidad, constituyen los mayores avances de la sociedad contemporánea, son considerados una verdadera revolución social que cambió la actividad del hombre y su entorno por la manera como se obtiene la información, se transmite la misma y se lleva a cabo el fenómeno social de las comunicaciones, lo cual ha originado una nueva etapa denominada la era de las Nuevas Tecnologías en Información y Comunicaciones (NTIC) que en su desarrollo ha dado paso a la denominada: *Sociedad del Conocimiento*.

El citado avance en el desarrollo de la humanidad ha generado un cambio profundo en el ejercicio de la actividad política, legislativa y por supuesto punitiva de los Estados que incide directamente en múltiples instituciones jurídicas, como ocurre con la relativización del concepto de soberanía nacional y el surgimiento de nuevos criterios compartidos por las naciones frente a la prevención y sanción de conductas que afectan sensiblemente intereses jurídicos valiosos para los Estados, fenómenos que producen enorme lesividad jurídica a intereses de protección social generalmente realizadas por verdaderas organizaciones criminales articuladas o estructuradas funcionalmente.

En este contexto, se comparten intereses supranacionales entre los países mediante instrumentos de colaboración y ayuda internacional, como ocurre con la Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988, tratado que surge en el Derecho Público Internacional como producto de la preocupación de la comunidad

de naciones por la enorme magnitud de los efectos dañosos de la criminalidad organizada, entre otros: el avance del producto económico de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, el deterioro y socavamiento de las economías lícitas de los países, la afectación de la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados y similares, lo cual generó la necesidad de poner en práctica mecanismos de cooperación internacional para enfrentar este conflicto jurídico.

Los anteriores aspectos señalan la importancia y actualidad del objeto de análisis del trabajo por tratarse de un tema relacionado con la globalización jurídica poco explorada en el derecho penal de nuestro país, de lo cual se infiere la pertinencia y viabilidad de la investigación.

Como consecuencia de lo anterior surgen los delitos de testaferrato y lavado de activos, modalidades típicas que han sido creadas para debilitar la estructura financiera o el producto económico de organizaciones ilegales que afectan o lesionan el orden económico y social, bien jurídico objeto de tutela y protección por el derecho penal; razones suficientes para ameritar el examen de esta problemática transnacional, categoría que pretende en la actualidad enfrentar esta modalidad delictiva y el producto económico de la misma.

Junto al avance social y al cambio generado en la actividad económica y política de los Estados, el crimen organizado y sus redes ha evolucionado significativamente, utiliza nuevos instrumentos o mecanismos complejos y sofisticados para legitimar, mediante el ocultamiento de bienes en terceras personas, el producto económico que ha obtenido con dineros provenientes de los delito de narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

Constituye esta actividad una delincuencia que trasciende las fronteras patrias, lo que ha llevado a la penalización de comportamientos en Colombia que afectan el denominado orden público económico, interés jurídico en el que se enmarca el

delito de testaferrato; por lo tanto, se pretende analizar las instituciones penales desarrolladas en los convenios internacionales, como la Convención de Viena de 1988 frente a la normatividad jurídica colombiana, como punto central de este trabajo.

Con base en lo expuesto, el análisis del tema se aborda desde una investigación de tipo exploratorio y teórico, referida al tratamiento jurídico del delito de testaferrato en el marco del delito transnacional, la relación que presenta con el lavado de activos y la afectación de estos al interés jurídico tutelado del orden público económico, en el marco del delito transnacional.

Tanto el testaferrato como el lavado de activos son conductas de una significativa dañosidad social, de lo cual se infiere la dimensión jurídica del fenómeno a tratar y señala la relevancia de su regulación, por tratarse de delitos que involucran varios Estados, lo cual permite resaltar la importancia del tema, novedad y pertinencia del mismo.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo general. El Propósito central del presente es el examen de la categoría jurídica delito transnacional o transfronterizo desde los convenios internacionales, interpretar su regulación e ilustrar el tratamiento jurídico en la legislación penal colombiana, específicamente frente al delito de Testaferrato a partir de los fenómenos de organización criminal, sociedad criminal y economía criminal; conducta que afecta el bien jurídico del orden económico y social en el derecho penal interno, para demostrar la urgente necesidad de acoger figuras reguladas en los convenios internacionales, crear el delito transnacional en Colombia y darle un tratamiento conforme a los lineamientos previstos en el contexto internacional.

Con el fin de cumplir con el objetivo general o básico se proponen los siguientes:

1.4.2 Objetivos específicos.

- Examinar la categoría delito transnacional frente al delito internacional, establecer la relación con el punible de Testaferrato como delito que lesiona pluriofensivamente varios intereses jurídicos en el derecho penal interno.
- Determinar la conexión entre el delito de Testaferrato y las categorías economía criminal y organización criminal, por su relación con el producto económico ilícito que pretende ocultar e incorporar a los niveles de la economía lícita buscando darle apariencia de legalidad.
- Analizar el Principio de la Cooperación Jurídica Internacional como un mecanismo que ha sido creado en la Convención de Viena de 1988 y desarrollado en la Convención de Palermo (Italia), como instrumento eficaz en la persecución del delito transnacional, desde la dimensión del derecho procesal penal interno y del derecho internacional.
- Examinar el surgimiento y estado jurídico actual en nuestro país de la conducta punible de Testaferrato en el marco de los delitos transnacionales, como tipo penal relacionado con el Lavado de Activos.
- Establecer los elementos estructurales de tipo penal de Testaferrato y su conexión con el bien jurídico de los “Delitos contra el Orden Económico Social”.
- Revisar el tratamiento dado por la jurisprudencia nacional al tipo penal de Testaferrato.

2. LA GUERRA FRÍA Y SU RELACIÓN CON EL SURGIMIENTO DEL DELITO TRANSNACIONAL

Después del holocausto de la segunda guerra mundial la humanidad estuvo pendiente del surgimiento de un nuevo proceso histórico bajo la amenaza permanente de un conflicto bélico de dimensiones universales, etapa que fue denominada la guerra fría que se ubica precisamente en el período de la posguerra, proceso que se caracterizó, como lo señala Carlos Arturo Patiño Villa, porque: “Sujetó a sus dinámicas e intereses los procesos regionales y continentales de diferentes partes del mundo, y hacía que las disputas de fondo se hicieran bajo su terreno y en sus contenidos ideológicos”¹.

Fueron cuarenta años de actividades por parte de los dos grandes imperios del mundo que van desde el período de la posguerra de la segunda guerra mundial hasta la caída del imperio soviético, etapa en la que el mundo entero estuvo expectante del eventual juego bélico al que estarían dispuestos estos protagonistas, de la carrera armamentista y nuclear así como de las alianzas formadas entre países unidos por una misma hegemonía ideológica.

Quizá uno de los factores más relevantes de la guerra fría fue la existencia y el auge de los arquetipos económicos y políticos conocidos como Capitalismo y Comunismo, lo que constituyó el epicentro de esta etapa a pesar de haber durado cuatro decenios nunca hubo un combate real que se llevara a cabo en el plano de la destrucción masiva de países, lo que se conoce como período de contención², sin que hubiera muertes generadas por el enfrentamiento militar directo entre las

¹ PATIÑO VILLA, Carlos Alberto. Posguerra fría acercamiento histórico y político. Bogotá: Universidad Nacional, 2006, p. 22.

² Hacía que la confrontación tuviera un papel de delimitación y diseño de políticas, formas de gobierno y modelos económicos.

potencias sino conflictos coyunturales, como el de Corea y Vietnam, en donde las superpotencias combaten en terrenos de terceros, sin llegar a la utilización estratégica de armas de aniquilamiento.

La situación mundial para la época bajo la amenaza latente de una nueva guerra, produjo alianzas o unificación de países conforme a su ideología, tomando precauciones para crear estrategias de combate frente a las potencias, primero se suscribe el Tratado de la OTAN en 1949, ratificado ese año en Washington con la firma de todos los países importantes de Europa Occidental, con excepción de Suecia y Suiza que permanecieron neutrales.

Estados Unidos buscando convertirse en una gran potencia mundial para el año de 1945 proyecta una ruptura con su aliado hasta entonces, la Unión Soviética, rompimiento que pone fin a la política pacifista de Franklin D. Roosevelt, sucedido por Truman Harry, quien inicia la ruptura definitiva con la URSS, gobernante norteamericano recordado por ordenar el lanzamiento de las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki, impulsar el plan Marshall de reconstrucción de Europa (1945) y la constitución de la OTAN (1949), hechos históricos que marcaron el surgimiento de la “guerra fría”.

En el otro bloque, como respuesta al acuerdo de la OTAN, se celebra el tratado de Varsovia de 1955, al que ingresan en su mayoría países de Europa del Este excepto Yugoslavia, convenio que organizó la otra parte de Europa frente a los avances nucleares, para poner al Estado Soviético a la par del Norteamericano; la creación de armas nucleares generaba un ambiente de tensión o inseguridad a nivel mundial, este acuerdo buscaba obligar a los Estados Unidos y a sus aliados a poner en práctica una estrategia no ofensiva sino defensiva, en términos del conflicto bélico.

Los tratados citados se justificaban para quienes los suscribieron por la búsqueda y mantenimiento de la paz mundial, la inmediata organización en caso de un ataque y la defensa mutua en el evento de un conflicto bélico mundial.

El eje central del enfrentamiento de las potencias era la constante amenaza de un elemento nuevo: Las armas nucleares como la bomba atómica y la de hidrógeno, convertidas en la asechanza posible para conservar el poder bajo un régimen de terror basado en la inseguridad mundial, cuya existencia radicaba en Norteamérica.

La Unión Soviética se dedicó a la investigación para asegurar la igualdad de condiciones en caso de desatarse una nueva guerra mundial, para tal fin dispuso de un engranaje científico e informativo mediante fuentes de segunda mano, en ellas se ubica prioritariamente la labor de espionaje mediante agentes encubiertos, la infiltración y el soborno para recaudar información suficiente en materia de avances nucleares, con el objeto de neutralizar y controlar al adversario.

La guerra de Vietnam de mayo de 1968 y la Perestroika fueron acontecimientos decisivos para que la guerra fría comenzara a llegar a su fin, la aguda crisis a la que se habían enfrentado los gobiernos y especialmente la Unión Soviética forzaron decisiones nuevas en materia económica y política, los fenómenos del Glasnot y la Perestroika fueron los sucesos más trascendentales en este aspecto, de la mano del gobierno Chino, el presidente Gorbachov buscó descentralizar las políticas económicas que habían marcado la pauta en la URSS y abrió un espacio a la modernización del agro, etapa que se caracterizó por:

La liberalización económica, permitiendo a las empresas tomar decisiones sin consultar a las autoridades, fomentando la empresa privada y la sociedades conjuntas con un número limitado de compañías extranjeras... las alternativas económicas

de otros países socialistas se ignoraron y las medidas que se adoptaron no se discutieron previamente, permitiendo la entrada de capital extranjero, acercándose cada vez más al capitalismo. Así, poco a poco, se fueron introduciendo actividades económicas privadas, mediante la paulatina introducción de contratos individuales en fábricas y haciendas colectivas. Se llevaron a cabo medidas, como la venta de un gran número de empresas estatales, reformas de la moneda y un nuevo sistema bancario³.

El mundo del siglo XXI se abre paso en un presunto ambiente de paz que dejó la guerra fría y los tratados creados por los bloques mundiales para su conservación, así como el surgimiento de sectores poblacionales dedicados a la realización de conductas ilegales derivadas de los anteriores conflictos, como el tráfico ilegal de armas, estupefacientes y de personas, buscando fuentes de ingresos que daría lugar en el futuro inmediato, a verdaderas organizaciones criminales transfronterizas, lo que se convierte en el origen directo del delito transnacional.

Para la época hubo una serie de microconflictos que no alcanzaron la magnitud de los ocurridos en época anterior, como la existencia de políticas e instrumentos internacionales orientados a disminuir la posible nueva guerra a nivel mundial, terminada la guerra fría empezó a consolidarse la obligación de los Estados como garantes de los derechos humanos, hoy concebidos como patrimonio universal de la humanidad, producto de los efectos devastadores de la segunda guerra mundial.

La desintegración de la Unión Soviética produjo nuevos conflictos que se creían superados, como el caso de Yugoslavia direccionado por la limpieza étnica, la militancia nacionalista, la resurrección de formas de nacionalismo religioso⁴, o el conflicto Palestino Israelí en medio oriente, al cual ingresa Estados Unidos como precursor de una batalla ajena, suscitando nuevas formas de colaboración entre

³ <http://es.wikipedia.org/wiki/perestroika>

⁴ PATIÑO VILLA, Op. cit., p. 25.

Estados, en donde la religión pasa a ser un elemento trascendental del conflicto en el siglo XX.

En este momento histórico, las potencias mundiales pasan a un segundo plano como ocurre con EEUU, son desplazadas por países que ocupaban una posición intermedia o secundaria como es el caso de China, que empieza a consolidar un sistema económico que le permite beneficiarse de la llamada revolución industrial. “Ofreciendo al mundo una amplia gama de nuevos bienes y servicios así como una industria de tecnología de punta, de la cual es pionera”⁵.

El período de la posguerra fría se caracteriza básicamente por abrir el marco internacional a nuevas disyuntivas frente a los conflictos bélicos, basados ahora en formas eclécticas de combate, ya no se recurre a las guerras propias de los siglos XVIII a XX, en donde la disposición principal de los países era atacar a sus objetivos militarmente, creando zozobra bajo el imperio de terror y destrucción, ni tampoco las formas propias de la guerra fría, en donde los combates eran despersonalizados y desprendidos de técnicas clásicas a las que ingresaron nuevas armas nucleares, como la bomba de neutrones o RRR (radioactividad redundante reducida), como en el caso de Hiroshima, en donde el medio ambiente empieza a ser vulnerado. “Ya la guerra no implica simplemente un homicidio más o menos amplio sino un genocidio, el exterminio puro y simple de la raza humana, ocasionando además una ruptura en el equilibrio ecológico esencial para la humanidad”⁶.

A partir de la posguerra fría fueron otros los problemas que empezaron a preocupar a la comunidad internacional, muchos países que participaban en la producción de armas y material bélico vieron mermadas su capacidad de comercialización, empezaron a buscar destino para los mismos, originando la

⁵ Ibíd., p. 25.

⁶ GALTUNG, Johan. Hay alternativas, cuatro caminos hacia la paz y la seguridad. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

formación de grupos clandestinos para mercados ilegales, como ocurría con las redes dedicadas a las drogas ilícitas, que ya para la década de los ochenta se encontraban en pleno auge.

De esta manera empieza un aumento desmesurado del tráfico de armas, estupefacientes y mercancías de contrabando, generando la apertura de espacios a nuevas formas de comercio, que incluyen sectores que se dedican al tráfico de productos ilegales, consolidando de esta manera verdaderas y poderosas organizaciones criminales, basta recordar para la época el surgimiento de los carteles de Cali y Medellín en Colombia, la mafia Yazuka en China y la mafia Italiana.

De otra parte, en el período de la guerra fría, el mundo empieza la búsqueda por la internacionalización de sus relaciones, siendo el aspecto económico el eje fundamental, en adelante, surge el concepto de mundialización y globalización, por tanto sus efectos y consecuencias no se hacen esperar; a partir de los años 90 las políticas fronterizas se transforman, propiciando una economía conectada que da lugar a una internacionalización de los diferentes procesos sociales y políticos a nivel global.

A los Estados les concierne, tras la guerra fría, crear políticas de seguridad que beneficien a sus ciudadanos y confieran cierto aire de paz, tras la caída de los paradigmas tendientes a asumir el mundo bajo el esquema de poder concentrado en dos potencias, la transición de la posguerra fría generó uno de los fenómenos más interesantes que es el rearme y conflictividad de muchos de los Estados más atrasados, al verse sin tutela directa internacional se arriesgan a actuar por su propia cuenta, lo que implicó que la economía y política (ejes fundantes del poder), se direccionaran bajo la expectativa del progreso basado en las necesidades propias de éstos, sin la contribución directa de los países poderosos.

Ante esta situación, a los Estados les corresponde crear nuevas herramientas para contener el incremento criminal en materia de comercio, surgen nuevas formas de comisión de conductas delictivas que van en contra tanto del orden y la seguridad nacional como internacional; por tal razón, aparecen dentro de la esfera internacional, instituciones como La Organización de Naciones Unidas creada por las potencias protagonistas de la guerra fría, que representaba las ideologías y los mecanismos políticos básicos de la dinámica de la pos-guerra para diseñar mecanismos de protección y control de los Estados y la comunidad internacional.

De otro lado, pactos militares y tratados internacionales para el control de la producción y existencia de armas nucleares, en general la aparición de mecanismos diplomáticos, “que reemplazaron el fracasado modelo del concierto Europeo y que permitieron despersonificar la diplomacia para convertirla en parte fundamental del derecho público internacional y del establecimiento de modelos de seguridad colectiva”⁷, con el fin de dirimir conflictos tanto intra como extra estatales, configuran la aparición de un nuevo panorama para los Estados dentro del cual surge un objeto de suma transcendencia frente al tema del presente trabajo, la suscripción de Tratados de Cooperación para Combatir el Crimen Internacional y Crimen organizado, posteriormente un instrumento básico regulará tal aspecto, el Tratado de Viena de diciembre de 1988.

A raíz de la desaparición del peligro comunista se redujo la finalidad de organizaciones como la CIA, FBI, etc., las que repentinamente fueron despojadas de su justificación y contraídas simbólicamente de los méritos obtenidos durante la guerra fría, los servicios secretos se enfrentaron a las restricciones propias de la década de los años noventa y a una desorientación funcional. La desaparición de la amenaza soviética se llevó cincuenta años de dedicación exclusiva a ese fenómeno, en la que todos los esfuerzos se orientaron al control de la escalada nuclear y al complejo militar-industrial.

⁷ VILLA PATIÑO, p. 16.

En esa dinámica, retomaron los Estados un concepto de seguridad menos militarizado, que emerge en el periodo de la entreguerras y se orienta a la recuperación del terreno perdido bajo la justificación de dos nuevas amenazas que en realidad eran muy antiguas, fueron ellas: el terrorismo y el crimen organizado.

Para concretar el significado de la globalización que lleva consigo el rompimiento de las fronteras y la mundialización de las relaciones económicas, políticas y sociales, es necesario citar un autor sobre el tema:

La globalización es un hecho reciente que se da en la economía y otras actividades, a partir de la independencia y superación de las viejas posiciones nacionalistas y aún relaciones internacionales, abre la posibilidad de resolver múltiples problemas y asegurar un desarrollo armónico de la sociedad.

Es un fenómeno de gran alcance, que fundadamente se expresa en la creciente internacionalización y aun globalización de recursos y procesos como el mercado y el comercio, la tecnología, la producción, inversión y los flujos financieros que actualmente rebasan con mucho las fronteras nacionales.

Es sobre todo un proceso de reestructuración internacional de la producción, que adopta modalidades diferentes en distintos países y ramas de actividad. Es una nueva y más compleja etapa del desarrollo capitalista en los países avanzados, en tanto que otros piensan que si bien hay algo nuevo, ello no modifica de manera profunda lo que fue característico del capitalismo en el último siglo, o sea en la fase monopolista⁸.

Al enfrentarnos a la mundialización de la economía, la política y el mercado, la apertura a nuevas tecnologías en informática y comunicaciones (NTIC), se consolida un fuerte crecimiento de la internacionalización de la actividad del hombre y su entorno, igualmente en un mundo conectado e interrelacionado se

⁸ MONTEVERDE AGUILAR, Alonso. Globalización y capitalismo. México: Editorial Plaza y Janés, 2002, p. 24.

expanden las posibilidades de la delincuencia hacia el exterior de los límites geográficos de los países, aparecen actividades criminales que producen efectos más allá de las fronteras patrias, es decir a nivel regional y mundial, en ese contexto surge una nueva categoría del derecho penal: el delito transnacional o transfronterizo.

Por lo expuesto, el delito transnacional aparece en el escenario mundial durante el proceso de organización de la diversidad e interconexión de las diversas culturas locales, momento en el que las personas y sus acciones tienen presencia en múltiples lugares, las empresas de banca, servicios, transportes, manufacturas, etc., ingresan a un mundo novedoso y más amplio en sus mercados, producto de unas redes infinitas de comunicaciones e interacción humanas en tiempo presente desde cualquier lugar del mundo, que permite llevar a cabo múltiples actividades de manera simultánea, el ciudadano no es una persona local sino universal, lo cual lo hace cosmopolita, esto es, abierto a todo el universo, que acepta la novedad, las costumbres ajenas y las comparte, todo le es común en el mundo⁹.

2.1 GLOBALIZACIÓN, CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Las últimas décadas se caracterizan por un vigoroso proceso de cambio a nivel de las relaciones sociales, económicas, culturales, políticas y legislativas de los países, que inciden en la interpretación del derecho, los principios que lo estructuran, entre ellos la garantía y defensa de derechos humanos, el valor de la justicia y por supuesto el sistema penal, entre otros, teniendo como punto de partida la revolución de la información y las comunicaciones, el ciberespacio, el proceso de globalización y el enorme avance de la ingeniería genética, que

⁹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO. España: Editorial Espasa, 2004.

constituyen los aspectos de mayor incidencia en el desarrollo social contemporáneo.

En este contexto se reclama la denominada “democracia global” que integra un concepto alternativo de democracia, como renovación de ésta, con un nuevo sentido de ciudadanía, que se caracteriza por la búsqueda de la igualdad real de los derechos, la implantación de regímenes que garanticen la democracia efectiva, partiendo del derecho a la diferencia y el principio de igualdad material¹⁰.

De lo anterior, se propone una idea genérica de lo que puede llegar a ser la globalización, el claro rompimiento de fronteras en la concepción de Estado-Nación y la mundialización de las fuentes económicas, políticas e informativas; sin embargo, cabe preguntarse: ¿Cual la importancia de éste fenómeno mundial en la problemática de los Delitos Transnacionales?, la respuesta es: estas modalidades delictivas surgen y se fortalecen a partir de la internacionalización de las relaciones económicas y sociales.

Al enfrentarnos a la mundialización de las políticas económicas y de mercado, la aldea global, una apertura sin precedentes de la informática y las comunicaciones se inicia un fuerte crecimiento de la internacionalización de los delitos, puesto que en un mundo sin fronteras, se expanden con facilidad las posibilidades de la delincuencia más allá de los límites de los países, cuyos efectos se producen a nivel regional y mundial.

La transformación del derecho no se hace esperar, surgen cambios en los sistemas políticos, renovadas formas de Estado, nuevas instituciones y alternativas para resolver en el campo penal el fenómeno delictual, son todos ellos asuntos relacionados con el proceso de mundialización económica, social y política.

¹⁰ MORALES MARÍN, Gustavo. Globalización, derecho y cultura judicial Penal. Encuentro de fiscales y procuradores generales de Iberoamérica, 2002.

La internacionalización de las relaciones sociales y la actividad económica mundializada ha dado lugar a múltiples efectos, entre ellos a una categoría denominada “economía criminal global”, inescindiblemente relacionada con enormes capitales que se mueven en el sector financiero, en mercados de alta complejidad, con un alto nivel de celeridad el movimiento de dinero que son producto económico del tráfico de estupefacientes, tráfico de seres humanos, prostitución de mujeres y niños, contrabando de mercancías, tráfico de armas, tráfico de inmigrantes, corrupción estatal, terrorismo y afines, lo que ha generado una economía criminal muy poderosa que representa un valor cuarenta veces superior al de la economía mundial del petróleo en el mundo según el Fondo Monetario Internacional, de lo cual deviene la complejidad e importancia del referido fenómeno criminal.

Este argumento central exige una respuesta acorde a la realidad objetiva, lo cual implica replantear la tradicional forma de respuesta estatal frente a tales conductas punibles, situación que conlleva al examen y consideración de nuevas formas de racionalidad sobre el derecho penal y la justicia para que respondan de manera adecuada a los modalidades recientes de la criminalidad que trasciende las fronteras nacionales, modificando las instituciones sustanciales y procesales para darle paso a nuevas formas del derecho penal y procesal penal interno, en coordinación con el conjunto de países que se encuentran afectados por esos fenómenos delictivos.

Hoy en día, existen categorías universalmente aceptadas, como el concepto de “criminalidad organizada”, el cual aparece efectivamente en el título VI del tratado de la Unión Europea artículos 29 y 30, cita que demuestra la importancia del tema, pues hace parte del más alto nivel normativo de la Unión Europea, dando lugar a compromisos internacionales en materia de lucha contra la criminalidad organizada, por el marcado interés en perseguir ese fenómeno en el ámbito supranacional.

Otro concepto de interés para el derecho penal contemporáneo es el de “Criminalidad Económica”, al punto que se considera como uno de los pilares del denominado “derecho Penal Moderno”, en contraposición del llamado “derecho penal clásico”; para entender que la criminalidad organizada es por naturaleza criminalidad económica y que esta es, cada vez más, criminalidad organizada, la cual se caracteriza por la búsqueda del lucro indebido, como característica esencial de una actividad delictiva compleja y estructurada.

En síntesis, la existencia de una poderosa economía criminal que ha venido surgiendo de manera paralela a la economía lícita al interior de los países, se traduce en una clara expresión de la Macrocriminalidad, situación que exige nuevas formas de reacción penal que persiga eficazmente el producto económico de esas organizaciones, a partir de la adaptación de la legislación interna de los países de modelos efectivos que respondan a la gravedad y trascendencia de esas conductas.

Lo anterior implica, de una parte, diseñar desde la sistemática penal y el ordenamiento procesal penal, instrumentos probatorios para hacer frente en forma eficaz a la presencia de una verdadera economía criminal mediante el fenómeno de la cooperación judicial, que logre la persecución de esas conductas y la sanción efectiva de los responsables, así como la identificación, incautación y comiso del producto económico de tales prácticas delictuales.

Esta modalidad de criminalidad organizada utiliza empresas lícitas en apariencia para ocultar e incorporar capitales espurios, lo que hace más difícil su identificación, dada la opacidad y el clandestinidad de las formas utilizadas para distraer el producto económico ilícito, razón adicional para la creación de instrumentos que permitan tener la información actualizada en los diferentes países, la identificación de procedimientos y mecanismos para conocer lo investigado en otras naciones afectadas con estos fenómenos y, especialmente,

la identificación de ciudadanos y personas jurídicas en otros territorios, que conlleven al seguimiento de sus actividades económicas al interior del país, unificando los procedimientos de investigación utilizados para que sean perseguidos, detectados e incautados los dineros que se trasladan en esas actividades, todo lo cual permite sancionar los responsables de esas conductas a través de los mecanismos de cooperación judicial internacional para la persecución del delito transnacional.

La característica esencial del producto de la criminalidad organizada, es tratar de incorporar en la producción lícita de la sociedad el resultado económico de su actuar delictivo, buscando reinvertir sus ganancias en el torrente económico regular y poder utilizarlo en la economía legal, lo que siempre ha sido un problema de gran magnitud para las organizaciones criminales, por su reducida capacidad de expansión económica en los mercados delictivos de donde proviene, lo cual obliga al derecho penal a crear instrumentos jurídicos que detecten y sancionen esas conductas, para impedir su crecimiento y evitar así los efectos lesivos que genera en la actividad económica lícita de las países.

La criminalidad organizada para poder ingresar a los mercados legales utiliza variadas modalidades que van desde la violencia y la coacción hasta la corrupción, obteniendo de esta manera un mayor provecho frente a quienes actúan dentro de la economía lícita. Aparecen frente a la población de las zonas de influencia como promotores de actividades que aseguran el trabajo y el sustento de algunos de sus habitantes, cuando el verdadero efecto es el contrario pues el comportamiento empresarial “*desviado*” genera un efecto marcadamente lesivo en general, por su afectación macroeconómica.

La lesión a múltiples intereses jurídicos que el Estado debe proteger se concreta en la afectación al presupuesto estatal, el sistema crediticio del país, el patrimonio individual lícito de la comunidad y el orden público económico, entre otros; los que

sufren alteración frente a una economía de fachada que modifica la dinámica económica, como el sistema de ahorro e inversiones, la deuda pública, la moral social, el desvío de capitales lícitos del contexto local, etc., situaciones indicativas de la enorme dimensión de esa modalidad criminal en cuanto a las consecuencias perjudiciales en términos económicos y jurídicos.

En el anterior contexto surge la categoría delitos transnacionales ante una realidad histórica que de alguna manera encuentra su relación con el final de la “guerra Fría”, donde se comienzan a referenciar “como delitos transnacionales, el terrorismo, el contrabando de diamantes y el blanqueo de dinero”¹¹, ya en la década de los años 90 y el auge de la globalización, estos delitos son relevantes para la comunidad internacional y el derecho penal de las naciones.

Ahora bien, debe identificarse el significado de delito transnacional para dar inicio a su relevancia en el Derecho Penal, por lo que se acude a su definición desde una de las primeras fuentes internacionales: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de la siguiente manera:

(...) El delito será de carácter transnacional sí:

1. Se comete en más de un Estado.
2. Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su reparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado.
3. Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado.
4. Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado¹².

¹¹ www.articuloz.com/.../criminalidad-organizada-transnacional-1080342.html

¹² NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de Noviembre de 2000. Consultado el [may 13. 2010]. Disponible en <www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf>

Aunque no se delimita el concepto ampliamente, lo que caracteriza el delito transnacional es la ubicación de manera sustancial del bien jurídico tutelado, a diferencia de los delitos internacionales, los transnacionales no protegen bienes jurídicos como la paz o la seguridad mundial, solamente aquellos delitos en los que se tenga como elemento central la comisión o ejecución de la conducta en territorio de diferentes Estados.

Por lo anterior, un crimen internacional se ocupa de tutelar un interés jurídico diferente al que protege el delito transnacional; dicho de otro modo, el delito internacional sólo está referido a aquellos crímenes en los que se viola el Derecho Internacional y se pueda llegar a una responsabilidad penal individual en el ámbito mundial; Mientras que el delito transnacional no siempre tiene sustento en el Derecho Internacional ya que el bien jurídico tutelado puede ser asumido en el propio país donde se ha cometido el ilícito.

Por otra parte, hacia el año de 1995 la Organización de las Naciones Unidas planteó la existencia de 18 categorías de Delitos Transnacionales:

En cuya concepción y perpetración, al igual que sus efectos directos o indirectos pueden involucrar a más de un país, estos delitos son:

1. Lavado de dinero.
2. Actividades terroristas.
3. Robo de arte u objetos culturales.
4. Robo de propiedad intelectual.
5. Tráfico ilícito de armas.
6. Secuestro de aeronaves.
7. Piratería marítima.
8. Fraude a aseguradoras.
9. Crímenes por medio de computadoras.
10. Crímenes ambientales.
11. Trata de personas.
12. Tráfico de órganos humanos.
13. Narcotráfico.
14. Bancarrota fraudulenta.

15. Infiltración de negocios ilegales.
16. Corrupción.
17. Soborno de funcionarios público.
18. Soborno de dignatarios de partidos públicos¹³.

Siendo uno de los delitos transnacionales el lavado de dinero, surge entonces de manera directa la relación con el punible de Testaferrato como un ilícito por medio del cual opera y se amplía el primero, vinculándolo de manera directa a su concreción y ubicación temática.

De esta forma, la legislación nacional debe adecuarse a instrumentos internacionales para perseguir efectivamente el producto económico de esa economía ilegal en desmedro de intereses económicos y jurídicos que se han señalado.

2.2 EL DELITO DE TESTAFERRATO EN EL MARCO DE LOS DELITOS TRANSNACIONALES

El fenómeno de la Globalización y la universalización de las actividades del ser humano ha modificado considerablemente el desarrollo del conocimiento humano, situación que influye necesariamente en la concepción contemporánea del derecho penal, a consecuencia de lo cual, se concibe hoy en día una Justicia Penal Internacional, un Derecho Penal Internacional y un Derecho Penal Transnacional.

El análisis de las instituciones sustantivas frente a la conducta específica del delito de Testaferrato debe hacerse a partir del examen de categorías internacionales, que respondan a los estándares que la comunidad de naciones a través de tratados internacionales ha determinado como básicos, lo que se

¹³ www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/tex11.html

conoce en el contexto mundial como los principio de jurisdicción universal, cooperación judicial y reciprocidad, entre otros, en procura de evitar la impunidad y con el ánimo de sancionar en cualquier parte del mundo, conductas que causan un enorme daño a intereses jurídicos de gran valía para la comunidad en general.

2.2.1 Diferencias del delito transnacional frente al delito internacional. Para abordar la temática de los delitos transnacionales a la que pertenece el Testaferrato, es necesario hacer una distinción inicial con los delitos internacionales, toda vez que son categorías jurídicas diferentes, que han sido claramente definidas en su caracterización.

El derecho penal transnacional se consolida en el contexto mundial a partir de una de sus fuente primigenia que es la Convención Contra la Delincuencia Transnacional Organizada adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, desarrollada en otros instrumentos internacionales que conservan la misma naturaleza, como la Convención de Palermo del año 2000 (Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional)¹⁴.

El derecho penal trasnacional se considera como el sistema normativo que hace referencia al delito que trasciende las fronteras de los países, de allí su nombre de transnacional, tiene su origen en el derecho penal interno de los países y se establece mediante acuerdos entre los estados, sistema que responde básicamente al interés de un Estado por perseguir y sancionar la comisión de ciertas conductas que traspasan sus fronteras, realizadas por organizaciones criminales estructuradas, por lo tanto su fuente esencial es el derecho penal interno de los naciones.

¹⁴ CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/55/25 de la ONU.

Mientras el derecho penal internacional tiene una concepción universal y su misión es la protección de intereses relativos a la Paz, La Seguridad de las naciones y toda la humanidad, por lo que hace referencia a la protección y garantía de lo establecido en tratados internacionales de Derechos Humanos y la sanción de conductas que de manera sistemática afectación a la dignidad del ser humano universalmente considerado, así como la relación con los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra que buscan la protección de la población civil y de los no combatientes en desarrollo de un conflicto armado internacional o no internacional, la persecución y sanción del Crimen de Genocidio, estos delitos internacionales encuentran su fuente en el derecho convencional de los tratados internacionales, el derecho consuetudinario y en la actualidad su referente esencial está consagrado en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (1998).

Mientras la motivación que dio lugar a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas de 1988 está determinada por la preocupación creciente de la comunidad internacional relacionada con los efectos de la penetración del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en diversos grupos sociales, el socavamiento de las economías lícita, la seguridad y soberanía de los Estados básicamente.

Así mismo, es relevante la preocupación internacional frente a los considerables rendimientos financieros ilícitos que producen enormes fortunas que pertenecen a organizaciones criminales, las que se ubican en diferentes países a través de redes delincuenciales, capitales que han dado lugar a un inmenso poder para invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, así como la sociedad en general en múltiples niveles, todo ello en razón a la existencia de verdaderas organizaciones o redes o estructuras en diferentes países.

Tales preocupaciones llevaron a la comunidad de naciones a producir la Convención de Viena de 1988, que pretendió enfrentar el tráfico ilícito de estupefacientes a través de la cooperación internacional de los Estados como un instrumento jurídico eficaz para suprimir y erradicar esa actividad lícita y las derivadas que desborda el marco de los Estados.

El delito internacional tiene su fuente en el interés de la comunidad de naciones por implementar un complejo sistema de protección universal, que obliga a los Estados como garantes de derechos de los seres humanos en caso de normalidad institucional o de conflicto armado o guerra de carácter internacional o interno, comprometiéndolos a aplicar mecanismos universalmente aceptados de protección del ser humano y dignidad humana, a través de un tribunal internacional, la Corte Penal Internacional.

El fin del delito internacional es la represión penal de conductas dañosas para las bases y cimientos esenciales de todo Estado civilizado y la protección de la paz y la seguridad universal, bienes jurídicos de mayor valor para la humanidad ampliamente concebida¹⁵, mientras otra es la conceptualización del delito transnacional.

Una gran diferencia de los delitos transnacionales con los crímenes internacionales es la creación para los primeros de figuras procesales que tienen significado común para los países que suscriben acciones de tipo transnacional, como ocurre con la entrega vigilada, que consiste en una técnica investigativa para permitir que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes salgan del territorio de las naciones, atraviesen los países con el conocimiento y supervisión de las autoridades competentes, para identificar las personas y organizaciones involucradas en la comisión de esos delitos; otra categoría propia de esa

¹⁵ CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Derecho Penal Internacional. Bogotá: Editorial Jurídicas Ibáñez, 2001, p. 25.

modalidad es el llamado Estado Tránsito, entendido como el paso de sustancias estupefacientes que no es el punto de procedencia ni el destino definitivo de esas sustancias, al que se hace referencia en las convenciones citadas.

Uno de los temas que ha tenido que abordar el derecho penal en las últimas dos décadas es el problema de la criminalidad transnacional, caracterizada como una manifestación de la criminalidad organizada que no reconoce límites ni fronteras, como el comercio de narcóticos, la llamada criminalidad económica, el fenómeno fraudulento de inmigrantes, la trata de personas, lavado de dinero o blanqueo de capitales, Testaferrato, contrabando, terrorismo, entre otros.

La forma como ha tratado el sistema penal la criminalidad transnacional pasa por la tipificación de conductas en la legislación penal sustantiva y la creación de Instituciones procesales para incautar el producto de tales actividades, el perfeccionamiento de instrumentos y técnicas de investigación criminal y la cooperación probatoria entre Estados, en razón a la complejidad que conlleva el efecto de la criminalidad organizada.

La criminalidad transnacional hace referencia a “Criminalidad Sin Fronteras” o “Criminalidad Internacional” y se caracteriza porque el “Delincuente aprovecha las oportunidades que le ofrecen para cometer delitos, transferir bienes ilegales o asumir riesgos no permitidos más allá de las fronteras”¹⁶.

La citada categoría surge como consecuencia de los cambios en el orden político, económico y social insertado en los conceptos de globalización, integración de las naciones, Internacionalización del mercado y modificación de las relaciones de tipo cultural en el mundo.

¹⁶ HANS JORG, Albretch. Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 13.

La clasificación o formas de la criminalidad transnacional hacen referencia a los mercados ilegales, al fenómeno migratorio, a la categoría de criminalidad organizada, trata de personas, crimen organizado y las minorías extranjeras y étnicas.

La criminalidad organizada tiene una dinámica que le es propia, responde a un específico desarrollo histórico y cultural, se caracteriza por su organización interna, su apariencia empresarial en términos económicos y su relación con mercados criminales, como ocurre con el tráfico de estupefacientes que vincula un amplio sector de personas que intervienen desde los países productores, consumidores y auténticas redes de distribución, comercialización e intermediación de ese producto ilícito para el aprovechamiento económico.

La delincuencia transnacional se ha extendido a otros aspectos: como el comercio de mujeres para la prostitución, el comercio de personas para fuerza de trabajo ilegal, el tema de inmigrantes, que son verdaderas formas de esclavitud modernas, buscan apoderarse del individuo y someterlo a condiciones de dependencia en razón a las necesidades económicas de determinados sectores, generalmente excluidos o en condiciones de pobreza o marginalidad social en su país de origen.

2.3 NOCIONES INTERNACIONALES Y TRATADOS SOBRE EL DELITO TRANSNACIONAL

Desde la perspectiva internacional se considera delito transnacional, aquella conducta que presenta características especiales que la diferencian de la criminalidad tradicional, se asocia al concepto de criminalidad organizada, es decir estructurada jerárquicamente, con reparto de funciones, que busca un propósito de carácter económico, acude a la violencia y a la corrupción para sus fines.

El producto económico de las organizaciones criminales se deriva de la denominada “conducta subyacente, conducta fuente o delito previo”, característica esencial que permite determinar el origen o procedencia de esa utilidad ilícita de la que se ocupa el delito transnacional para asociarla a grupos estructurados y organizados de orden supranacional que rebasan los intereses particulares y se ubican en la afectación de bienes jurídicos de interés colectivo, tal como lo tiene previsto la Convención de Palermo de 2000, en donde se parte del referente para la caracterización de delitos transnacionales las conductas especialmente graves, es decir las que tienen una pena mínima superior a cuatro años.

Como características básicas del delito transnacional, siguiendo las directrices de la Convención de Viena de 1988 instrumento primordial para la delimitación de tales comportamientos, se incluye el lavado de activos y Testaferrato por ser son delitos autónomos, que no necesitan que el sujeto activo, indeterminado y monosubjetivo, haya participado en la conducta base que produjo los recursos ilícitos o que haya sido declarado judicialmente responsable por la existencia del delito fuente.

En ese orden de ideas, se consideran delitos pluriofensivos, como ha quedado planteado, de peligro abstracto, indirecto, presunto y común¹⁷.

Son de peligro Indirecto, porque la ejecución del acto no produce de manera inmediata una lesión al orden económico y social, el riesgo empieza a tener efectos posteriormente en la dinámica económica de un país, a su vez son tipos penales abiertos, porque son modalidades delictivas amplias, esto es, fenómenos delictivos complejos o producto de delincuencia organizada y estructurada, justamente de donde proceden los recursos que se pretenden ocultar o encubrir,

¹⁷ SANDOVAL MESA, Jairo Alberto. Dos ensayos sobre crimen transnacional. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2007, p. 18.

teniendo como ingrediente normativo principal que el origen de los fondos deviene de las actividades ilícitas que los citados delitos describen.

Ahora bien, son delitos autónomos, toda vez que permiten el concurso material con otras conductas delictivas y no requieren sentencia previa para demostrar el origen ilícito de los bienes o dineros objeto del Testaferrato o lavado de activos, luego entonces, son independientes de las denominadas conductas fuente o base, con lo cual se resalta la connotación de criminalidad organizada a la que están unidas las conductas de carácter transnacional.

Por lo expuesto, fenómenos transnacionales como el Testaferrato provienen del surgimiento de instrumentos internacionales multilaterales, que fijan pautas para la persecución, afectación o neutralización de bienes ligados a actividades delictivas llevadas a cabo por conductas punibles que trascienden las fronteras de los Estados.

Tales instrumentos son:

2.3.1 Convención de Viena de 1988. Fue ratificada en Colombia por la ley 67 de 1993 y entró en vigencia el 9 de mayo de 1994, tratado que según Fabián Caparrós¹⁸, connotado tratadista español sobre lavado de activos y conductas afines, constituye un punto de inflexión en la política mundial a seguir en contra del lavado de activos y otras conductas, incluido el testaferrato, normas que son el marco de la persecución del producto ilícito de organizaciones criminales, tratado concebido como el antecedente a partir del cual se apoyan los diferentes textos internacionales sobre la materia.

¹⁸ CAPARROS, Fabián Ángel. Programa de entrenamiento contra el lavado de activos para jueces y fiscales. Bogotá, 2004, p. 2.

El origen de la persecución del producto económico de la criminalidad organizada establecido en la Convención citada, tiene su fuente en lo relativo a Delitos y Sanciones, que consagró en el art. 3º lo siguiente:

1. Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:
 - a. La conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso 9º del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones: La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos¹⁹.

De lo anterior se infiere, con meridiana claridad, que el citado instrumento consideró lo relativo a la conducta de Testaferrato como delito interno junto al lavado de activos o blanqueo de capitales, cuando hace referencia a la transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, es decir el de su verdadero propietario.

Luego entonces, es clara la naturaleza del Testaferrato como delito transnacional, situación que conduce a que el Estado colombiano pueda acudir a medidas de cooperación internacional, que le permiten intercambiar información con otras naciones, adecuar técnicas especiales de investigación, entre otros aspectos, para el control del tráfico de estupefacientes y conductas similares.

¹⁹ NACIONES UNIDAS. Convención de Viena de 1988. Aprobada por la conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988. Viena, Austria.

La Convención de Viena de 1988 se ha convertido en el referente jurídico para que la legislación interna de los países adecúe su normatividad a ese instrumentos, al comprometerse a la tipificación penal de conductas en el ordenamiento interno imponiéndole sanciones adecuadas a su gravedad, implementar nuevas disposiciones que sancionen penalmente a quienes pretendan dar apariencia de licitud a capitales que proceden de actividades ilegales, especialmente de organizaciones criminales como el tráfico de estupefacientes, secuestro y conexos.

De igual manera, la Convención citada tiene el mérito de no quedarse solamente en la tipificación de conductas para perseguir el producto económico de organizaciones criminales, entre ellas las dedicadas al narcotráfico y establece las bases para que los Estados Parte desarrollen un eficaz sistema destinado a identificar, bloquear, confiscar y decomisar las ganancias que directa o indirectamente haya generado el tráfico de drogas ilícitas, respetando siempre los derechos de los terceros de buena fe.

Lo anterior ha tenido aplicación en nuestro derecho interno partiendo de valores y principios previstos en la Constitución de 1991 como ocurre con el fenómeno de la extinción de dominio establecido en el art. 34 del ordenamiento superior e instituciones sustanciales y procesales, tales como: el comiso, la incautación y ocupación de bienes, la suspensión del poder dispositivo, el restablecimiento del derecho, etc., todo lo cual ha influido en la interpretación y diseño de esas figuras jurídicas.

2.3.2 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo Italia, 12 de diciembre de 2000. Es conocida como la Convención de Palermo, alusiva al sitio donde se suscribió, Palermo (Italia), entró en vigencia en nuestro país el 4 de septiembre de 2004, luego del depósito de instrumentos por parte del gobierno nacional, efectuado el 4 de agosto de ese

mismo año, está considerada como el desarrollo o evolución natural de la Convención de Viena de 1988, trató de incorporar las nuevas dimensiones del tráfico de estupefacientes como organizaciones criminales renovadas, tales como ampliar las formas de combate al narcotráfico, las nuevas modalidades de delincuencia organizada, los actos de corrupción, la obstrucción a la justicia, el blanqueo de capitales, los delitos graves con pena mínima superior a cuatro (4) años, presupuesto que da lugar a la existencia de un grupo delictivo organizado, etc.

Esta convención amplió en el art. 6º, la persecución de los bienes producto del accionar de organizaciones criminales, dentro de los cuales se puede ubicar el Testaferato y el lavado de activos, en los siguientes términos:

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole, que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
 - a. La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
 - b. La ocultación o disimulación de de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.
 - c. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: La adquisición posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito.
 - d. La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.
 - e. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1º del presente artículo:

- a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1º del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes.
- b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre estos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados²⁰.

Se caracteriza la Convención de Palermo por ser un instrumento que permitió el consenso internacional entre los Estados, sobre algunas medidas que ya aparecían en la Convención de Viena, pero trató de dotarlas de un rigor técnico más preciso bajo la denominación de delitos transnacionales, lo cual destaca el Instituto de Estudios del Ministerio público, comentando a Fabían Caparrós, en la obra que se ha citado en los siguientes términos:

Se encomienda a los Estados con el objeto de que estos amplíen la tipificación del blanqueo a una gama más amplia de delito previstos (art. 6.2, inc. a)

- Llama a los Estados para que perseveren en la misma línea sobre lo que se ha trabajado a lo largo de los años 90, en el sentido de implementar adecuados regímenes internos de control y supervisión financiera tendiente a prevenir la ejecución de operaciones de lavado. En tal sentido, se invita a los Estados a establecer unidades de Inteligencia Financiera (art. 7)
- Insiste sobre la necesidad de admitir la responsabilidad penal de personas colectivas dotadas de relevancia jurídica, defendiendo el principio de que *societas delinquere potest* (art. 10).
- Mantiene la necesidad de decomisar los bienes que constituyen el producto del delito en términos similares a los de la Convención de Viena, si bien adaptándolo a la perspectiva ampliada del delito previo (art. 12).
- Finalmente un importante número de preceptos (art. 13 y ss.) establecen la posibilidad de recopilar ordenadamente las iniciativas nacionales e internacionales adoptadas a lo largo de los últimos quince años en materia de cooperación internacional²¹.

²⁰ CAPARROS, Op. cit., p. 4.

²¹ *Ibíd.*, p. 4.

2.3.3 Grupo de Acción Financiera GAFI y otras entidades asimiladas. La cumbre de países del G-7 celebrada en París en 1989, creó el Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos partiendo del papel esencial que podían jugar en la prevención y sanción del producto económico del narcotráfico tanto a nivel regional como en el sistema financiero como los Estados.

El GAFI tiene como fin esencial: promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales tanto en el plano nacional como internacional, aunque sus recomendaciones no son vinculantes, han sido aceptadas e incorporadas por muchos países en su normatividad interna, como ocurre con las famosas *cuarenta recomendaciones*, que han sido renovadas en 1996 y 2003.

Otros grupos a nivel mundial han sido creados con propósitos similares a los del GAFI, tales como: Grupo Asia Pacífico, Grupo de Acción Financiera del Caribe, Grupo Antiblanqueo de África del Sur y del Este, Grupo de Acción Financiera de América del Sur (Gafisud), del cual es miembro fundador Colombia mediante el memorando de Cartagena, cuyas recomendaciones se están integrando al derecho colombiano.

2.3.4 La Comisión Interamericana contra el abuso de drogas CICAD. La Organización de Estados Americanos OEA encargó a la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas CICAD convocar una comisión para investigar la influencia del fenómeno del blanqueo de capitales en el hemisferio americano, que entregó su trabajo final denominado "*Reglamento Modelo sobre el Control del Lavado*", recibiendo su aprobación en la Asamblea General de la OEA en 1992, con el que se ha venido apoyando la labor de países miembros que han ajustado sus ordenamientos jurídicos, para hacer frente a la persecución del producto económico derivado del tráfico de estupefacientes y actividades conexas,

reglamento que propone adoptar las siguientes medidas en el derecho interno de las naciones:

- Penalización del lavado de activos en términos similares a los previstos en la Convención de Viena pero ampliado a toda clase de delitos graves, haciendo especial referencia a la colaboración con el terrorismo. Su autonomía conceptual hace que se castigue cualquier forma de participación o imperfecta ejecución, que se persiga con independencia de la competencia que corresponda para el enjuiciamiento del delito previo (art.3).
- Prevé el castigo del blanqueo cometido por dolo directo, dolo eventual (ignorancia internacional) e imprudencia (debiendo saber) (art. 2).
- Decomiso del producto de los delitos previos objeto de blanqueo, para lo cual hace referencia a las medidas cautelares reales, reconocimiento de los derechos de los terceros de buena fe, aplicación del instituto del comiso, destino de los bienes decomisados a las jurisdicciones participantes en la operación, la constitución de fondos destinados a la lucha de los delitos de los que proceden y restablecimiento de los daños causados por los mismos (art. 7).
- Creación de Unidades de Inteligencia Financiera en cada Estado siguiendo los criterios establecidos por un grupo especializado en tal actividad (Grupo Egmont).
- Establecimiento de medidas administrativas de orden preventivo sobre notarios, casinos, seguros, oficinas de registro de instrumentos públicos, así como la necesidad de comunicar a las autoridades sobre operaciones sospechosas.
- Sometimiento a las personas jurídicas a control cuando se relacionan o son utilizadas para intermediar con el producto económico de las organizaciones criminales.
- Relativización del secreto bancario.

- Fortalecimiento de la cooperación internacional para esclarecer y unificar la persecución eficaz de este tipo de conductas.

2.3.5 Otras Iniciativas Internacionales.

- **La Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.** Suscribió el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, tratado que fue aprobado en Colombia mediante la ley 808 de 2003, instrumento que exige la penalización de quienes en forma directa o indirecta, provean o recolecten fondos con la intención de ser utilizados para cometer actos de terrorismo.
- **Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002.** Dispuso este instrumento del sistema de Naciones Unidas establecer una serie de medidas tendientes a prevenir, combatir y erradicar la financiación de terrorismo, teniendo como base el marco de referencia diseñado por el GAFI, GAFIC, CICAD citados.

También se refiere al lavado de activos derivado de cualquiera de los delitos contemplados en el acervo jurídico de Naciones Unidas. La citada convención ha sido suscrita por todos los países de la Organización de Estados Americanos.

- **Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.** Fue suscrita en la ciudad Yucateca de Mérida el 9 de diciembre de 2003, siendo incorporada a la legislación colombiana mediante la ley 970 de 2005, se refiere a la necesidad de adoptar medidas preventivas de carácter administrativo para supervisar las operaciones económicas, identificación de clientes, registro de operaciones y en general, el cumplimiento de instrumentos internacionales sobre lavado de activos.

De otra parte, advierte a los Estados la necesidad de ampliar el cuadro de delitos previos o fuente que superen el ámbito del narcotráfico, que dan lugar al blanqueo de capitales o lavado de activos; otorgándole autonomía conceptual respecto del delito previo penalizándolo independientemente del lugar donde se haya cometido.

El análisis de los tratados internacionales antes citados permite sostener, que el delito transnacional surge en el concierto internacional como producto de la preocupación de la comunidad de naciones por reprimir y perseguir el producto económico de la criminalidad organizada que ejecuta su actividad delictiva más allá de las fronteras de los países, que se caracteriza por los volúmenes significativos de sus rendimientos económicos y su afectación a intereses relevantes de los Estados.

Otro objetivo es el de tratar de establecer fundamentos comunes para que los Estados modifiquen en su legislación interna aspectos sustanciales y procesales del derecho penal, con el fin de garantizar, mediante la cooperación internacional y la unificación de políticas punitivas, una eficaz respuesta para enfrentar la criminalidad organizada y las economías ilícitas, que el producto delictual genera, instituciones diseñadas desde organismos multilaterales.

Se pretende con ese conjunto de instrumentos internacionales reforzar las medidas sobre los bienes y recursos económicos que produce la comisión de delitos transnacionales, independientemente de las actividades fuente o base que las haya originado, buscando evitar los efectos lesivos en las economías ilícitas de los países.

El aspecto internacional del delito transnacional parte de la existencia del concepto de *delincuencia organizada*, la cual tiene su primera aproximación

en el preámbulo de la Convención de Viena de 1988 para ser definida de manera concreta en el art. 2º de la Convención de Palermo de 2000, con la denominación de “*Grupo Delictivo Organizado*”, extendido a conductas diferentes a las relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

La importancia del Delito Transnacional se refleja en el tratamiento diseñado desde la concepción internacional ante la gravedad que producen los efectos de la delincuencia organizada, no solo al interior de los Estados sino más allá de sus fronteras, razón por la que han sido constantes los encuentros, declaraciones, tratados e instrumentos que se ocupan de la represión y persecución de ese fenómeno en los últimos 20 años básicamente.

Para finalizar el presente capítulo y a manera de síntesis, los delitos transnacionales se convierten en la puerta de entrada para el discurso teórico-jurídico del delito del Testaferrato no solamente en relación con el producto de actividades de narcotráfico, sino extendido a otras conductas fuente, como ocurre con el secuestro extorsivo, extorsión y conexos, tal como está consagrado en la legislación sustancial a partir de la ley 733 de 2002.

3. ANTECEDENTES Y SURGIMIENTO JURÍDICO DEL TESTAFERRATO EN COLOMBIA

El delito de Testaferrato surge en Colombia por primera vez en los años 80 como una medida tomada por el ejecutivo, frente a la grave crisis social por la que atravesaba el Estado y la sociedad colombiana para la época.

En esta década aparece una nueva franja en la sociedad colombiana denominada clase emergente, con una inmensa capacidad económica derivada del narcotráfico, que utilizó instrumentos ilegales como la corrupción y el terrorismo en respuesta a la persecución oficial colombiana y que terminó desafiando al Estado y las instituciones.

Era la época en donde una o muchas vidas de seres humanos nada valían, se fundaban escuelas de sicarios que aún subsisten (las denominadas bandas criminales emergentes y la oficina de Envigado), etapa donde aparecieron nuevos ricos que acumularon grandes fortunas de dinero provenientes del narcotráfico, sin ser ellos mismos, narcotraficantes, sino personas contratadas para matar a otros por un precio, una paga; pero los narcotraficantes no solo crearon y subsidiaron sicarios sino que también adquirieron en exceso otros bienes y servicios que incrementaron el patrimonio de esos sectores, algunas sin ninguna contraprestación alguna, llegándose de esta manera a un inusitado desequilibrio económico y social.

Por otra parte, ese exceso de dinero creó una economía subterránea que en manos de esa clase emergente encareció en forma exagerada la vida de los colombianos y terminó por afectar la economía nacional, elevó los índices la inflación y sobrevaloró en forma desproporcionada la propiedad inmueble urbana

y rural, encareció bienes y servicios, afectó de esta manera la seguridad ciudadana, la tranquilidad y salubridad pública, así como la administración de justicia.

Precisamente en medio de esta situación de grave alteración del orden público generada por el tráfico de estupefacientes, posterior causa directa del terrorismo, magnicidios, corrupción e inmoralidad a servidores públicos, el legislador extraordinario optó por criminalizar la conducta que denominó Testaferrato; la cual consistió desde el comienzo, en prestar el nombre para adquirir bienes sin ser el verdadero propietario o para ocultar su ilegítima adquisición, en tanto se utilizara dinero proveniente del delito del narcotráfico, buscando de esta manera conjurar las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Excepción para la época.

Otros antecedentes fueron: el control de rutas y mercados a sangre y fuego por los capos de la droga con el consiguiente aumento de la criminalidad dentro y fuera de nuestro país, el grave deterioro del medio ambiente por la destrucción de selvas y bosques a raíz de la invasión de cultivos ilícitos, situación que desplazó violentamente a la población campesina; la calidad de los estupefacientes y la especialización de su explotación aumentó la demanda en el exterior como también su valor, creció la desigualdad social y política en nuestra nación que hacía del narcotráfico un trampolín para ascender peldaños y de sus testaferros, adinerados en apariencia, lo que en muchas oportunidades les costó la vida, se tradujeron en prácticas sociales de un amplio sector de la comunidad que generó efectos negativos en la vida nacional.

La afectación institucional se produjo básicamente por la alteración del orden público que vivió nuestro país en esa época producto de la escalada terrorista, el desafío de las poderosas organizaciones mafiosas del narcotráfico contra el Estado, los múltiples asesinatos de personalidades públicas y de gentes del

común, cuyo epicentro se concentró en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cali principalmente, como fue el asesinato del Ministro de Justicia de la época, Dr. RODRIGO LARA BONILLA, ocurrido el 30 de abril de 1984 en Bogotá y el magnicidio del candidato presidencial Dr. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, personajes declarados enemigos de las organizaciones de narcotraficantes hace 25 y 20 años, respectivamente, investigaciones penales que recientemente fueron declaradas imprescriptibles por la Fiscalía General de la Nación, al haber sido realizadas producto de un ataque masivo y sistemático contra un sector de la sociedad colombiana, es decir, por ser considerados delitos de Lesa Humanidad.

Todo lo ocurrido produjo la declaratoria de Estado de Sitio como uno de los mecanismos excepcionales previstos en la Constitución de 1886 para buscar conjurar los efectos del narcotráfico, fenómeno que había permeado múltiples instancias oficiales y azotaba la sociedad civil de nuestro país con actividades de sicariato, terrorismo, prácticas emergentes del dinero fácil y movimiento de grandes capitales cuyo origen era la producción, comercialización y tráfico de estupefacientes, dineros que buscaban camuflarse e incorporarse en la actividad lícita de la sociedad colombiana buscando legalizar el producto económico de esas prácticas delictivas.

Para la época, era usual la ocurrencia de magnicidios contra altos funcionarios del Estado, candidatos presidenciales y servidores públicos que perseguían la actividad ilegal del narcotráfico, así como sus efectos dañinos en la política, la economía, la cultura y la moral de la sociedad colombiana, jueces, magistrados, procuradores y funcionarios del más alto nivel fueron ultimados por estas organizaciones.

Era la época del estallido de carrobombas, una grave crisis institucional y social del Estado, momentos de zozobra y terror sufría la población civil y la sociedad colombiana, mientras los grandes capitales circulaban a la vista pública y se

observaba la opulencia, el ascenso social de grupos emergentes con el producto del tráfico de drogas a través de organizaciones que subsidiaban el terrorismo, el asesinato selectivo de personajes públicos o privados que se atravesaban a esas actividades, amedrentaban a servidores públicos, ejecutaban actos de corrupción en la mayoría de instituciones oficiales, desde los altos cargos públicos de dirección hasta los niveles rasos de la administración pública.

Estas situaciones permearon e irradiaron la sociedad colombiana en las diferentes instancias del poder político y trajeron al escenario social unas prácticas que constituyeron una verdadera contracultura, que logró desafiar los valores, usos y costumbres tradicionales de nuestra tejido social²².

Era la coyuntura histórica de nuestro país en la que el conglomerado social observaba la acción delictiva a gran escala de poderosas organizaciones conformadas por bandas criminales al servicio de los narcotraficantes, que les permitía poner en práctica el sicariato, ajuste de cuentas, desafío a organismos de seguridad del Estado, poner a su servicio con dineros provenientes de esa actividad ilegal a miembros de la fuerza pública y policía nacional, asesinar a quienes no compartían su actividades, crearon de esta manera una serie de prácticas sociales de dinero fácil que lograron calar en un amplio sector social emergente de la comunidad, dando origen a un verdadera economía subterránea, entre otros efectos, circunstancias que dieron lugar, a la expedición de los Decretos 615 del 14 de marzo de 1983 y 1038 del 1º mayo de 1984, mediante los cuales se declaró el Estado de Sitio en algunas ciudades del país y posteriormente en todo el territorio Nacional.

En ese marco referencial se genera el contexto histórico en el que se emiten Decretos de Estado de Sitio que crean por primera vez en el ordenamiento jurídico nuevas conductas delictuales de carácter temporal, dada su naturaleza

²² RUIZ YEPES, Luz América. El delito de Testaferrato. Bogotá: Editorial Leyer, 2002, p. 15.

jurídica la de enfrentar los motivos que originaron la alteración del orden público, que tenían como objetivo no solo combatir el fenómeno delictual del narcotráfico sino atacar y evitar el auge de considerables capitales y millonarias sumas de dinero, mediante las cuales se pervertía o compraba a funcionarios públicos, se acrecentaba el capital de organizaciones criminales al servicio del tráfico de estupefacientes, se manejaba por particulares las utilidades provenientes de esa actividad y sostenía a un sector social emergente de clases menos favorecidas, que encontraron en esa actividad una forma fácil de obtener grandes sumas de dinero.

Los fenómenos citados generaron una contracultura en amplios sectores de la sociedad e implicaban una serie de irregularidades en la producción y comercialización de bienes y servicios lícitos, es decir en el nivel de la economía regular, especialmente en las actividades financieras, inmobiliarias, empresariales, comerciales y afines que se movían en el ámbito de la legalidad.

En términos estrictamente jurídicos, el Testaferrato fue creado en nuestro país, haciendo uso de facultades especiales del Estado de Excepción como una conducta punible que hacía referencia a prestar el nombre para adquirir bienes con dineros de procedencia ilícita y de esa manera, aparentar ser el propietario de bienes de los que no se era realmente su titular, con lo que se pretendía fingir o camuflar su ilegítima adquisición o procedencia que había sido obtenida con dineros del narcotráfico y conexos; dicha respuesta del Estado surge como una forma de combatir el narcotráfico y enfrentar o conjurar las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Sitio.

De otra parte, para la época, los efectos del narcotráfico eran profundamente dañosos para la sociedad colombiana y para el Estado como lo son en la actualidad, por cuanto era evidente el aumento de la criminalidad en múltiples modalidades, se proliferaba la conformación de organizaciones que se disputaban

a sangre y fuego las rutas, el embarque y distribución de estupefacientes, cometían asesinatos selectivos y en ocasiones masacres a particulares y servidores públicos que no estaban de acuerdo con esas prácticas, secuestro y extorsión por doquier, grave deterioro del medio ambiente, proliferación de cultivos ilícitos, desigualdad social y el impacto social de la riqueza ilícita en algunos sectores del conglomerado social, que día a día aumentaba y se inmiscuía en la participación directa o indirecta en la actividad del narcotráfico, como mulas, sicarios, tráfico de armas, etc., actividades indudablemente de enorme afectación para la sociedad que se mostraban en evidente ascenso.

Ante la ineficacia de la sanción punitiva relativa a la privación de la libertad y multas para quienes se dedicaban al tráfico de estupefacientes, por la dificultad de identificarlos y sancionarlos por la comisión de esas conductas punibles, el Estado empezó a buscar mecanismos jurídicos que apuntaran a despojar del poder económico que manejaba la delincuencia organizada dedicada a la actividad de narcotráfico y delitos conexos, con miras a evitar que continuara aumentando su capital espurio. Entre estos mecanismos creó el delito de Testaferrato como un tipo penal específico junto a la figura jurídica del comiso de los bienes adquiridos con dineros que provenían del narcotráfico y de las conductas que se relacionaban de manera directa con esas actividades conexas.

Otro de los mecanismos jurídicos que surgió para la época como un instrumento del Estado para combatir el narcotráfico unido al fenómeno del Testaferrato, es la creación en nuestro sistema jurídico del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, el cual se origina casi simultáneamente dentro de la misma vigencia del estado de excepción, modalidad típica que luego fue tenida en cuenta por la Constitución de 1991, como uno de los presupuestos para declarar la Extinción del Dominio de Bienes, de naturaleza supralegal y controvertido desarrollo legislativo cuando ocurre en detrimento del tesoro público o de la moral social, como finalmente quedó consagrado en el Art. 34 del ordenamiento superior.

De otra parte, el fenómeno jurídico del lavado de activos se inspiró en la misma finalidad que motivó el surgimiento en el contexto jurídico colombiano del delito de Testaferrato.

En síntesis, el delito de Testaferrato aparece en la legislación colombiana como consecuencia de la aplicación del conocido art. 121 de la Constitución de 1886 que disponía:

En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el presidente con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza en tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre las naciones...

Al amparo de la anterior institución, se emitió el Decreto 1038 del 1º de mayo de 1984 que tuvo como fundamento los atentados contra el régimen constitucional ocasionados por grupos armados y el accionar persistente de organizaciones al servicio del narcotráfico que afectaban el normal desarrollo y funcionamiento del aparato estatal, en especial frente a la seguridad ciudadana, salubridad pública, economía nacional, entre otras, preceptiva que facultaba al Presidente de la República para adoptar medidas que considerara necesarias para conjurar la crisis que había dado lugar a la declaratoria del estado de excepción.

Conforme a ese referente, el ejecutivo dictaba decretos con fuerza de ley como ocurrió con el No. 1856 de 1989, el cual tuvo como fundamento reprimir el fenómeno del narcotráfico mediante el decomiso de bienes en favor del Estado, esto es, bienes y efectos de cualquier naturaleza vinculados directa o indirectamente a la ejecución de delitos de narcotráfico y conexos, figura jurídica que estaba consagrada bajo el nombre de comiso desde el Código Penal de 1936

y que había sido modificada, para la época, por el art. 37 de la ley 2ª de 1984 normativa que fue declarada exequible en la revisión constitucional hecha por la Corte Suprema de Justicia el 3 de julio de 1981.

Concretamente el art. 6º del mentado Decreto 1856 de agosto 18 de 1989, creó el paratipo penal de Testaferrato, en los siguientes términos: “Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2000) cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes”²³.

Un aspecto jurídico importante frente al delito de Testaferrato es el relacionado con el artículo 8º transitorio de la Constitución Política de 1991 en virtud del cual, los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio emitidos con anterioridad, como el que le daba vida jurídica al Testaferrato, continuarían rigiendo por un plazo máximo de noventa (90) días al cabo del cual el gobierno nacional podría convertirlos en legislación permanente, siempre y cuando la comisión legislativa especial conocida como “Congresito” no los improbara.

Al amparo de tales facultades, se expidió por el Gobierno Nacional el Decreto 2266 del 4 de octubre de 1991, que en su art. 6º mantuvo incólume la descripción típica del Testaferrato originalmente creada, es decir, no varió el delito descrito bajo las facultades del Estado de Sitio y de esta manera se clausuró cualquier discusión sobre la vigencia o validez temporal de esta modalidad delictiva, que se crea con el propósito de conjurar la turbación del orden público; a partir de la Constitución de 1991 desaparece la temporalidad de su vigencia, para convertirse en legislación permanente a través del Decreto 2266 de 1991, en la circunstancias anotadas.

²³ Decreto 1856 de agosto 18 de 1989. “Por el cual se toman medidas encaminadas al restablecimiento del orden público”. Art. 6º.

Posteriormente se promulga el Código Penal en vigencia de la Constitución de 1991, al sancionar el Presidente de la República el 24 de julio de 2000 la ley 599 de esa anualidad, compendio legislativo que en el artículo 326 mantuvo la misma redacción del tipo en cita y solamente modificó el quantum de la pena principal de prisión así como el monto de la multa, quedando con el siguiente tenor literal:

Art. 326. Testaferrato. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes²⁴.

También se considera como antecedente inmediato relacionado con el surgimiento e incorporación de la conducta punible de Testaferrato en el ordenamiento punitivo patrio, el vínculo existente entre éste y el delito de receptación como modalidad típica de encubrimiento, que aparecía tipificado el art. 177 del Decreto 100 de 1980, conexión que surgió de la redacción que inicialmente tuvo este tipo penal, cuyo texto era: “El que fuera de los casos de concurso en el delito, oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto de material o el producto del mismo, o lo adquiera o enajene, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años y multa de un mil a cien mil pesos”²⁵.

Posteriormente el art. 31 de la ley 190 de 1995 denominado estatuto Anticorrupción, modificó el nombre del delito de receptación que dispuso una sanción más drástica en cuanto a la pena e incluyó el delito de lavado de activos y lo estructuró de la siguiente manera: “Receptación, Legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilícitas”.

²⁴ Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. En: Diario Oficial No 44097 del 24 de julio de 2000.

²⁵ Decreto 100 de 1980. “Por el cual se expide el Nuevo Código Penal”. En: Diario Oficial No 35.461 de 20 de febrero de 1980. Art. 177.

Para el año de 1997 se expide por el Congreso de la República la ley 365 que modifica nuevamente el delito de encubrimiento por receptación en el art. 7o, escinde el delito base y define en el art. 9º en forma independiente, el tipo penal de Lavado de Activos.

En la actualidad el art. 447 del Código Penal vigente ley 599 de 2000, define la conducta punible de receptación dentro del capítulo quinto del título XVI, de los delitos contra la Eficaz y Recta Impartición de Justicia, después de las modificaciones introducidas por la ley 813 de 2003 en su artículo 4º y la ley 1142 de 2007 art. 45, en los siguientes términos:

El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiriera, posea, convierta, o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (66.6) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancías o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad²⁶.

²⁶ Ley 813 de 2003. "Por medio del cual se deroga, adicionan y modifican algunos artículos de Ley 599 de 2000". En: Diario Oficial No 45.237 de 3 de julio de 2003. Art. 4.

La relación del Testaferrato con el delito de receptación fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 19 de 2001, en uno de sus apartados sostuvo:

La tipificación del delito de Testaferrato se sustentó originalmente en la necesidad de combatir de manera específica, y desde luego más enérgica, una de las modalidades de encubrimiento utilizada con mayor frecuencia por la delincuencia organizada del narcotráfico para ocultar los bienes adquiridos con los dineros producto de sus actividades ilícitas, radicándolos en cabeza de terceras personas ajenas al negocio, este el origen y la razón de ser de la prohibición contenida en el artículo 6º del Decreto 1856 de 1989²⁷.

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-127 de marzo 30 de 1993, al conocer de la exequibilidad del art. 7 del decreto 2266 de 1991, concluyó que se ajustaba al ordenamiento superior esta forma especial de receptación denominada Testaferrato.

Luego entonces, es evidente el reconocimiento jurisprudencial que relacionó el delito de Testaferrato como modalidad específica del punible de receptación, tradicionalmente conocido en nuestro país como una conducta que afecta la administración de justicia, que pasó a hacer parte de los delitos que se agrupan en el bien jurídico denominado de la recta y eficaz impartición de justicia.

Otra disposición que se encuentra vinculada con la conducta de Testaferrato pero que pertenece al derecho privado es la institución de la simulación que está prevista en el art. 1766 del Código Civil Colombiano, que hace referencia al evento en que las partes acuerdan fingir un determinado acto jurídico o contrato, en una primera forma cuando no se quiere realizar realmente ningún contrato denominada simulación absoluta y cuando en realidad se celebra otro contrato en

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de diciembre 19 de 2001. Radicado No. 14658. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

apariencia toma el nombre de simulación relativa, situación que no es del resorte del derecho penal pero que tiene efectos en el derecho privado dado que el afectado puede acudir a la vía ordinaria civil hoy verbal, para invalidar tales actos jurídicos.

También se ha relacionado el instituto de la simulación civil con el delito de testaferrato, específicamente cuando surge la modalidad de simulación subjetiva, es decir, cuando se reemplaza o finge a uno de los contratantes, para el caso se cambia a un narcotraficante, secuestrador o extorsionista, esto es, cuando las partes celebran un contrato que en verdad quieren llevar a cabo, solo que una persona reemplaza a la otra porque realiza el negocio con conocimiento de que el dinero proviene del narcotráfico, extorsión, secuestro extorsivo y conexos, siendo aquel quien se consigna como dueño sin serlo en la realidad, simplemente aparentando serlo, apariencia de legalidad de los dineros con los que se adquieren los bienes, evitando de esta manera que sean objeto de comiso, caso en el que se adecúa la conducta al Testaferrato, cuando el bien se adquiere por quien presta su nombre para la fingida o aparente compra con dineros provenientes del narcotráfico, extorsión secuestro extorsivo y conexos, causa ilícita que se desplaza de la esfera del derecho civil o comercial al derecho penal, para convertirse en un típico evento de Testaferrato.

También se ha concebido como un antecedente mediato del Testaferrato el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, por cuanto el art. 148 del Código Penal de 1980 sancionaba la obtención de incremento patrimonial no justificado por el servidor del Estado, siempre que no constituya otro delito y la segunda hipótesis -el Testaferrato- hace referencia, a la persona Interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado, quien quedara sometido a la misma pena del tipo básico citado.

La anterior disposición mantuvo su vigencia en la ley 190 de 1995, pero en el Código Penal vigente, ley 599 de 2000, que tipificó el enriquecimiento ilícito de servidor público en el art. 412, incrementó significativamente la sanción, esto es la pena principal de prisión así como la multa a imponer y suprimió el inciso segundo eliminando la segunda hipótesis delictiva referida, el legislador no lo descriminalizó, sino que quedó haciendo parte en la actualidad del delito de lavado de activos previsto en el art. 323 del estatuto sustancial.

La ley 733 de 2002 en el art. 7º amplió la cobertura del supuesto de hecho del Testaferrato, extendiéndolo a prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes de otros delitos diferentes al narcotráfico y conexos cuando tienen origen en secuestro extorsivo, extorsión y conexos al modificarse el tipo penal previsto en el art. 326 de la ley 599 de 2000, siendo adicionado por el precepto citado de la ley 733 de 2002, se incrementó finalmente la pena como en todos los tipos penales previstos en el código sustancial por virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la ley 890 de 2004, para quedar con la siguiente descripción típica:

Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de 96 a 270 meses y pena de multa de 566,66 a 75.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos y la multa será de 6.666,66 a 75.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁸.

Este ha sido el desarrollo normativo que ha tenido en la legislación penal colombiana el delito de Testaferrato desde su origen hasta nuestros días.

²⁸ Ley 890 de 2004. "Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal". En: Diario Oficial No 45.602, de 7 de julio de 2004. Art. 14.

3.1 EL TESTAFERRATO Y SU RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Se considera al punible de Testaferrato un delito de carácter Pluriofensivo de ahí su antijuridicidad material, lo cual implica, que causa lesión o afectación a varios bienes o intereses jurídicos de protección, por lo que ha sido denominado injusto pluritutelado, significado que son múltiples los efectos o la dañosidad que produce la conducta con relación a intereses o garantías que el Estado protege como condiciones mínimas de existencia y dignidad humana bajo la denominación de Bien Jurídico de Protección, institución jurídica que ha sido considerada como una situación o relación humana individual y social valiosa para la convivencia colectiva²⁹.

En punto de la importancia de la conducta de testaferrato frente al fenómeno de la antijuridicidad es indispensable resaltar que la dogmática penal garantista concibe esta categoría como el núcleo esencial de la descripción típica, en tanto el tipo penal lleva implícita la antijuridicidad en sí mismo como lesión material o afectación al bien jurídico protegido o tutelado, para recibir la denominación de Injusto o injusto típico, al punto que la ausencia de lesión material o puesta efectiva en peligro del bien jurídico de protección conduce a la atipicidad de la conducta, al constituirse *Ratio Essendi* de la tipicidad al extremo que un tipo penal específico, no es más que una forma precisa de afectación al bien jurídico de protección, según lo tiene aceptado actualmente la doctrina.

El profesor Juan Bustos Ramírez, analiza la legitimación formal y material en el proceso de formación de la norma penal, como el límite del cual emana la esencia del Estado Social y Democrático de derecho, sobre el particular sostiene:

²⁹ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. 3º Tomo. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2001, p. 244.

...Esas garantías para la persona en el ejercicio de una política criminal se formulan en forma de límites de carácter normativo, entre los que hay que distinguir entre límites normativos formales y límites normativos materiales o garantías materiales, que son aquellos principios que emanan de la esencia misma del Estado Social y democrático de Derecho....

“Ambos tipos de límites, formales y materiales, se complementan, no basta simplemente que una norma penal haya cumplido todos los requisitos formales en su tramitación para su entrada en vigor, con lo cual la intervención penal quedaría formalmente legitimada, sino que es necesario que se mantenga dentro de ciertos límites que la legitiman materialmente (...) La simple legitimación por la forma solo da lugar a una disposición formalmente válida, pero no materialmente válida (...) en estos casos estaríamos en presencia de una ley penal cuya validez estaría cuestionada por no proteger un bien jurídico³⁰.

En una obra reciente del Profesor Alemán CLAUS ROXIN en relación con el papel que cumple el bien jurídico frente al fenómeno jurídico de la imputación objetiva, sostiene:

Del principio de bienes jurídicos se deriva con cierta inevitabilidad, la teoría de la imputación objetiva, teoría a cuya moderna reanimación y desarrollo he contribuido, y la cual es también seguida por Jescheck. Y es que si el Derecho Penal quiere proteger bienes jurídicos contra afecciones realizadas por seres humanos, esto solamente es posible prohibiendo la creación de riesgos no permitidos para la existencia de bienes jurídicos, y considerando como injusto penal, bajo la forma de afección a bienes jurídicos, la realización de tales riesgos en contra de la prohibición. Entonces las acciones típicas son siempre afecciones de bienes jurídicos bajo la forma de la realización de un riesgo no permitido creado por los seres humanos³¹.

El subrayado no es del original.

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. Nuevo Sistema Penal. Editorial Trotta, 2004, p. 26.

³¹ ROXIN, Claus. La Teoría del delito en la discusión actual. Lima: Editorial Grigley, 2007, p. 92.

En el ámbito nacional, el Dr. Gómez López reconocido tratadista de derecho penal, expresa su posición frente a la temática así:

En el estado actual de la doctrina, resulta indiscutible que el derecho penal se ocupa no solo de la protección de derechos sino también de velar por la observancia de deberes orientados a garantizar un interés; pero si se repara en que todo derecho o bien, para hacer posible su garantía, genera deberes de abstención para los demás, y que todo deber tiene su razón de ser en función de un derecho (personal, colectivo, comunitario, estatal), encontraremos que de manera necesaria, la función esencial del derecho punitivo se encamina a tutelar bienes jurídicos, pues la protección penal de un deber de realizar cierta conducta solo resulta jurídicamente explicable en la medida en que la obligación de obrar sirve a la garantía de determinado bien jurídico.

Aunque se aprecia una estrecha relación entre bien jurídico y derechos humanos y, como puede observarse, la mayor parte de los tipos penales están referidos a proteger un derecho fundamental o un derecho humano, los derechos protegidos en la norma penal pueden también aludir a la protección de las obligaciones esenciales del Estado (administración de justicia, fe pública, seguridad pública, etc.), o a la protección de obligaciones vitales para la vida de relación...., pues la idea del bien tiene que referirse al hombre en toda su extensión, esto es, al individuo como persona, es decir a su conjunto de relaciones con los demás, con las cosas, con el medio y consigo mismo³².

Las subrayas fuera de texto.

Otro autor nacional, el profesor Juan Fernández Carrasquilla resalta la trascendencia del Bien Jurídico en su dogmática axiológica, de la siguiente manera:

El bien jurídico es un concepto básico y nuclear del derecho penal liberal, se constituye el epicentro de la teoría del delito y de la pena, esa expresión no se refiere a objetos de tutela formalmente creados por la ley como los conceptos formales de legalidad y

³² GÓMEZ LÓPEZ, Op. cit., p. 248.

orden, sino a objetos de protección que preexisten a la ley y se dan dinámicamente en la vida social, en las relaciones sociales, esos bienes son cosas, relaciones o situaciones sociales a las que se confiere por la comunidad y el individuo un cierto valor y en el que por lo mismo una y otro tienen interés. Ellos no existen aislados, sino que forman una jerarquía con arreglo al plexo de valores, en que se inspiran, de modo que el mayor valor de un bien con respecto a otro puede ser un asunto de cantidad (entre bienes de igual o equivalente rango) o de cualidad (posición superior en la escala axiológica). La misión esencial del derecho penal es la protección de estos bienes jurídicos pero solo en cuanto ellos posean un carácter fundamental para la vida social y su tutela penal sea necesaria porque no resulten bastante otros medios para contener la amenaza. De esto mismo deriva para el derecho penal su principal limitación objetiva y para los ciudadanos la primordial protección o garantía contra el poder punitivo del Estado, a saber: el individuo no será alcanzado por la pena criminal en tanto no haya realizado culpablemente un injusto típico en que se contenga el ataque o la lesión de daño o de peligro para el correspondiente bien jurídico³³.

El subrayado es fuera de texto.

En otra conocida obra del citado autor, sobre el tema en cuestión sostiene:

En sentido material, en cambio el bien jurídico no es una creación artificial de la ley, ni simplemente el fin para el que fue expedida, sino una realidad de la vida social que se traduce en un conjunto de relaciones sociales estables que dan lugar a estados o situaciones valiosas para la comunidad y para el individuo y que ambos quieren por tanto conservar y desarrollar. Es sin duda a este tipo de bienes jurídicos a los que se refiere el art. 2-2 constitucional al hablar de la vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, y el artículo 4 del C.P., al mentar el interés jurídico tutelado por la ley.

Los bienes jurídicos, pues, no los crea la ley sino la vida social; la ley solamente los protege, esto es, interviene coactivamente para prevenir los daños que a ellos mismos pudieran ocasionarse (...) Solo porque el bien jurídico preexiste a la ley esta tiene la

³³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 1989, p. 120.

obligación de protegerlo, es el bien jurídico un límite irrebasable a la actividad punitiva del legislador y de los jueces penales³⁴.

Ahora bien, aclarada la trascendencia del bien jurídico como categoría básica en la teoría del delito debe señalarse que desde la perspectiva constitucional encuentra su consagración en el art. 2o de la Constitución, en cuanto dispone que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es precisamente, la garantía y eficacia de los derechos y deberes consagrados en la carta, que no son otra cosa que los principios, valores y derechos que se protegen con el carácter subsidiario y de “*última ratio*” por el derecho penal como fundamento y límite del ordenamiento punitivo, cuando otros mecanismos diferentes de la reacción Estatal no logran su cometido, lo cual se conoce con el nombre de bienes jurídicos de protección o intereses jurídicos de tutela.

Dentro de los citados objetos de protección se ha observa la relación que cumple la conducta de Testaferrato y su múltiple afectación a intereses jurídicos de significativa importancia para la sociedad en sede de protección del derecho penal, como ocurre con los bienes jurídicos de la Administración de Justicia, Seguridad Pública, Economía Nacional u Orden Económico Social, Moral Social, Derecho a la propiedad privada, Salud Pública, entre otros.

El maestro colombiano Luis Enrique Romero Soto enseña cómo el Estado ha abandonado su papel de espectador para asumir el rol de actor y director de los cambios económicos, manifestándose en dos formas principales:

“La de “intervención”, es decir, dirigir las diversas políticas (de crédito, de control de precios, etc.), y de `protección`, que, como su nombre lo indica, tiene como objeto amparar a la parte más débil de la sociedad: consumidores, contratantes.”

³⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1982, p. 32.

Así, el autor citado hace suyo el concepto del tratadista RODRÍGUEZ DEVESA expresando, que la categoría delitos económicos incluye tres clases de infracciones, empezando por los delitos de tipo patrimonial común o particular, siguiendo por aquellos que lesionan en cualquier forma actividades de intervención y protección estatal, orden público económico y finalmente, todas las infracciones que vulneran bienes jurídicos colectivos.

A su vez, el profesor LUIS CARLOS PÉREZ en su tratado de derecho penal, con un criterio sustentado en aspectos de orden social, señala:

Los delitos contra el orden económico – social son violaciones del derecho que asiste a las comunidades humanas, sin distinción de clase, para beneficiarse con los recursos de la naturaleza y los bienes creados por el trabajo en todas sus aplicaciones, así como los rendimientos en dinero y el manejo de este en empresas, bancos y demás establecimientos de crédito, realizadas para destruir estos bienes, disminuirlos, distraerlos o aprovecharse ilícitamente de ellos, mediante la violencia o el fraude³⁵.

Ahora bien, por vía jurisprudencial, la sentencia C-083 de 1999 de la Corte Constitucional, se ocupó de la acción pública de inconstitucionalidad sobre el artículo 232 (parcial), del Decreto 100 de 1980, delito de pánico económico, en la que abordó el análisis del bien jurídico de protección que tiene relación igualmente con el Testaferrato, de la siguiente manera:

La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo, y excluyente, el que actualmente impera, fundamentos en los Estados Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a

³⁵ PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal partes general y especial. Bogotá: Ed. Temis, 1986.

la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.

Por esto, la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la carta de 1886, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (Art. 333, 334 C.P.).

Los compromisos constitucionales que en materia económica y social le corresponde cumplir al Estado, exigen de éste la implementación de políticas institucionales y la obtención de los instrumentos idóneos para su realización material. Este intervencionismo estatal que, como se anotó actúa en la diferentes etapas del proceso económico e incluye el control sobre las actividades financieras, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con el manejo de recursos captados del público (Art. 189 – 24 C.P.), no sólo compromete activamente a todos los órganos instituidos sino que además se manifiesta en la expedición de una completa reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico estatuido. Esto explica por qué en el ordenamiento jurídico se consagran una serie de medidas administrativas y jurisdiccionales tendientes a proteger ese bien jurídico denominado orden económico social.

Por ello, el legislador, en ejercicio de sus competencias y como desarrollo de una política criminal concertada, ha elevado a la categoría de delitos una serie de conductas que considera lesivas de ese orden económico social en cuanto lo atacan o ponen en peligro...³⁶.

Como se ha establecido en el ordenamiento punitivo nacional que el delito de Testaferrato afecta el bien jurídico del denominado Orden Económico y Social,

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

conocido como el delito económico, por la lesión a ese interés que hace parte del ordenamiento constitucional, es necesario resaltar su conexión con el citado fenómeno.

Sobre la conceptualización la conducta que afecta el orden económico se han sostenido diferentes tesis, sin que se defina en forma inequívoca su significado, como pasa a citarse:

EL Profesor RAFAEL MIRANDA G.³⁷ sostiene:

Es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que, como consecuencia, ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño.

El profesor Español MIGUEL BAJO FERNANDEZ³⁸ expone:

Delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación del intervencionismo estatal en la economía de un país. Delito económico en sentido amplio, es aquella infracción que, afectando un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución de bienes y servicios.

Francisco Muñoz Conde³⁹ sobre el particular plantea:

El derecho penal económico, es sin duda, una parte muy importante del moderno derecho penal y quizás una de las que

³⁷ MIRANDA G., Rafael. Delitos contra el orden económico. Editorial: Pannedille, 1970, p. 17.

³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial. Bogotá: Editorial Civitas, 1978, p. 42 y 43.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de ley orgánica del Código Penal. En: Revista Colegio de Abogado del Valle No. 1, 1987, p. 36.

tenga más futuro, pero todavía falta una elaboración doctrinal capaz de decidir con certeza cuál es la extensión, contenido y límites que debe tener este sector del derecho penal. Y es, por eso, preocupante, que se quiera dar por supuesto y resuelto con la normativa jurídica que se proyecte una problemática que tiene sus raíces fuera del derecho penal y que por lo tanto mal se puede resolver solo con el derecho penal, si este no va acompañado de reformas más radicales y urgentes de la realidad social, política y económica.

Para autores como Bajo Fernández, Bacigalupo y Rodríguez Mourullo, entre otros, el orden económico como objeto de protección penal es solamente un criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictuales, sin explicar o dar a entender en forma concreta su significado.

Para otro sector doctrinal el llamado orden público económico es un instrumento que representa los intereses relativos a la integridad y mantenimiento de la denominada organización económica constitucional.

En todo caso, atendiendo la conexión del derecho penal nacional con el principio de supremacía constitucional establecido en el art. 4º superior debe sostenerse que la noción de bien jurídico contra el orden económico social previsto en el estatuto penal, encuentra una relación directa con los dictados constitucionales que garantizan la libertad de empresa e iniciativa privada y que responsabiliza la dirección general de la economía al aparato estatal.

En esa dirección el bien jurídico del orden económico social hace referencia, a todas las conductas que afectan de alguna manera la gestión intervencionista y protectora del Estado en la economía, esto es, la vulneración directa o indirecta de intereses de carácter colectivo, del interés público, atinente al monopolio relacionado con la economía, para que la sociedad alcance sus fines, lo cual ha venido siendo denominado “orden público económico”.

Veamos la relación del delito que se estudia frente a otros intereses jurídicos de protección que integran el carácter pluriofensivo del punible, como ocurre con el bien jurídico de la RECTA Y EFICAZ ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, que está considerado como un subtítulo de las conductas punibles que afectan la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA o FUNCIÓN PÚBLICA, en tal aspecto se busca tergiversar con el Testaferrato frente a las autoridades del Estado, el origen del patrimonio ilegal y disimular de esta manera la magnitud del mismo, se utilizan testaferros para que en su nombre figuren bienes que realmente no son de propiedad de éstos, convirtiéndose tal modalidad delictual en una forma autónoma de Encubrimiento o lo que es lo mismo, una conducta especial del citado injusto, que está prevista en el estatuto punitivo como un tipo penal que lesiona la Eficaz y Recta Administración de Justicia (art. 447), con lo cual queda establecida su relación con este interés jurídico de tutela.

En lo concerniente a la protección de la SEGURIDAD PÚBLICA se considera afectada por el Testaferrato en razón a que las fortunas espurias de dinero y las inversiones que utilizan terceras personas, resquebrajan considerablemente cimientos y valores de la sociedad en la medida en que tales caudales provienen de delitos de narcotráfico, terrorismo, sicariato, secuestro, etc., como tal, tienen origen en conductas delictuales de honda repercusión social y considerable afectación a intereses jurídico-sociales de gran valía para la sociedad.

Queda de esta manera consignada la relación de la conducta de Testaferrato con la teoría del bien jurídico y los intereses jurídicos trascendentales que se consideran afectados por su carácter de delito pluriofensivo.

4. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL TESTAFERRATO Y LAVADO DE ACTIVOS

La lucha contra el tráfico de estupefacientes y sus efectos, entre ellos el interés de los Estados y de la comunidad internacional de perseguir el producto económico de la criminalidad organizada bajo el marco del lavado de activos y por supuesto el testaferrato, ha producido una serie de normas de contenido internacional que dan lugar a preceptos de naturaleza transnacional, sobre la base de la cooperación de los Estados, cuyo recorrido histórico es el siguiente:

4.1 CONVENCIÓN ÚNICA DE ESTUPEFACIENTES DE 1961

La Resolución 689 del 28 de julio de 1958 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, tomó la determinación de convocar una conferencia de plenipotenciarios para reunir el mayor número de órganos internacionales preocupados por la fiscalización internacional, con el ánimo de adoptar nuevas medidas para vigilar la producción de materias primas para los estupefacientes, haciendo uso del párrafo 4º del artículo 62 de la Carta de Naciones Unidas y de la Resolución 366 de la Asamblea General de diciembre 3 de 1949, reunión que dio lugar a la Convención Única de Estupefacientes de 1961.

Tal reunión tuvo los siguientes objetivos:

1. Reunir en una sola convención internacional de aceptación universal los distintos tratados sobre estupefacientes.
2. Centralizar en las Naciones Unidas los órganos internacionales de la fiscalización, la Comisión Central Permanente y los órganos de Fiscalización

de Estupefacientes se convirtieron en un órgano unificado, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

3. La extensión de los sistemas de fiscalización existentes al cultivo de plantas que forman parte de la materia prima utilizada para la consecución de los estupefacientes, de esta forma la Convención de 1961 logra por primera vez una acción concertada y universal para movilizar la cooperación internacional sobre los mismos principios y objetivos.

4.2 PROTOCOLO DE 1972 POR EL CUAL SE MODIFICA LA CONVENCION ÚNICA DE 1961

Hace referencia a la necesidad de incrementar los esfuerzos por impedir la producción ilícita, tráfico y uso de estupefacientes, destaca la necesidad de facilitar servicios de tratamiento y rehabilitación e reintegración social a los infractores, debe considerarse posibilidades alternativas o añadidas al encarcelamiento para quienes han cometido un delito relacionado con estupefacientes.

El instrumento comentado resalta la función de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y le otorga la responsabilidad de establecer un equilibrio entre oferta y demanda de estupefacientes para fines médico - científico y tratar de impedir el cultivo, la producción, la fabricación, el tráfico y el uso de drogas ilícitas.

4.3 ESTRATEGIA INTERNACIONAL DE 1981

Se resalta de esta estrategia el denominado programa de acción quinquenal (1982 –1986) que abarcó los aspectos de fiscalización, uso indebido, tráfico, tratamiento, rehabilitación y sustitución de cultivos.

La estrategia requiere a las entidades y organismos del sistema de Naciones Unidas proporcionar un mayor apoyo para la ayuda a los gobiernos, en cuanto al aumento de la capacidad represiva de las drogas ilícitas, la sustitución de cultivos de gran alcance y el diseño de programas de formación preventiva.

De igual manera se refirió a la cooperación internacional para combatir el uso indebido y el tráfico de drogas, con estos objetivos:

1. Mejorar del sistema de fiscalización de drogas.
2. Equilibrio entre la oferta y demanda de drogas.
3. Erradicación de la oferta ilícita de drogas.
4. Reducción del tráfico ilícito.

4.4 LA CONVENCION DE VIENA DE 1988

Las anteriores convenciones no trataron de fondo el problema relacionado con el tráfico ilícito de drogas en toda su extensión, esto es, desde el cultivo de la hoja de coca en países como Bolivia, Perú y Colombia siguiendo con el proceso productivo hasta llegar a la comercialización, proceso que incluye el Testaferrato, blanqueo de capitales o lavado de dinero, que no conoce fronteras ni leyes y en su actuar genera la destrucción de estructuras económicas lícitas, internacionales, políticas y un sinnúmero de vidas humanas; esta amplia gama de actividades ilícitas, crea un frente igualmente amplio y vulnerable para aplicar medidas de control.

A comienzos de los años ochenta el problema de las drogas empezó a convertirse realmente en un alarmante conflicto para muchos países, tanto productores como consumidores; es así como en el año 1982 el presidente de los Estados Unidos declaró la guerra contra las drogas como estrategia prioritaria de seguridad nacional e Internacional, en ésta época el mundo entero observaba las

actividades de los principales productores de drogas prohibidas en América Latina.

Durante la administración de Ronald Reagan se acoge el término narcotráfico y es en el período del presidente George Bush cuando se empieza a hablar de narco - guerrilla, mostrando una variable adicional del tráfico de estupefacientes y la actividad insurgente de la guerrilla.

Por tal razón la Convención de Viena de 1988 hace referencia a los vínculos que existen entre el tráfico ilícito de estupefacientes y otras actividades delictivas organizadas, relacionadas precisamente con el socavamiento de las economías lícitas, amenazando la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados, tal como se explicó en apartado anterior.

En Noviembre de 1988 se dicta la nueva ley antidrogas en los Estados Unidos de América, por vez primera enfoca el problema del narcotráfico como una gran amenaza a la seguridad nacional y a partir de este momento, los países de América Latina en especial Perú, Bolivia y Colombia que son los principales productores siguen la política trazada por los Estados Unidos, no sólo participando abiertamente en la guerra contra el narcotráfico, sino aceptando la intervención de organismos como la DEA, permitiendo operaciones militares, como la instalación de radares en Colombia y la presencia de tropas estadounidenses en Bolivia.

La Convención de la Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas le permitió a los Estados Unidos poner a su arbitrio la fiscalización internacional de los estupefacientes frente a la comunidad mundial, marca el inicio de un proceso de movilización regional en contra del tráfico y promueve la cooperación internacional para abordar más eficazmente los distintos aspectos relativos al tráfico ilícito de drogas.

Esta convención consta de un preámbulo y 34 artículos en los que se regula la detección, el embargo preventivo y decomiso del producto de los bienes derivados del tráfico ilícito de drogas, con este fin se faculta a los tribunales para que ordenen la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que pueda invocarse el secreto bancario.

Al analizar la Convención se observa como los Estados expresan su preocupación por la magnitud y tendencia creciente de la producción, demanda y tráfico de los ilícitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por representar una grave amenaza para la salud, el bienestar de los seres humanos y el menoscabo de las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad.

A las voces del artículo 2º del instrumento, el propósito de la convención es promover la cooperación entre las partes, a fin de que puedan hacerle frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan dimensión internacional, luego la finalidad de la convención es reprimir penalmente el narcotráfico y privar a las personas dedicadas al tráfico del producto económico de sus actividades delictivas eliminando su principal incentivo. En consecuencia, la Convención de Viena es un tratado que constriñe a los Estados Partes a adecuar su legislación interna para poder cumplir el propósito fijado en la misma⁴⁰.

Mediante el artículo 3º se vincula a los diferentes Estados a adoptar las medidas necesarias para tipificar en el derecho interno como delito, la actividad del lavado de activos cuando se cometa con trascendencia internacional.

⁴⁰ CAMARGO, Pedro Pablo. La Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico. Bogotá: Editorial Jurídica Radar, 1995, p. 275.

Artículo 3º. Delitos y sanciones.

Cada una de las partes adoptará las medidas necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente.

La conversión de la transferencia de bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en el delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de algunos de los delitos tipificados de conformidad con el artículo a) del párrafo citado o de un acto de participación en tal delito o delitos, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.

La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el artículo a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

Esta alianza política del principal consumidor de drogas del mundo, los Estados Unidos de América con las naciones productoras de drogas y las de tránsito, ha implementado una política enormemente represiva que no ha logrado menguar los efectos del tráfico de alucinógenos, en nombre de la salud y la moral de unos 20 millones de consumidores.

Para finalizar el estudio de la Convención de Viena es importante destacar las siguientes características:

1. La Convención de Viena, es ante todo una regulación muy compleja de la materia, se traduce en un instrumento internacional bastante represivo que persigue desmantelar las ganancias del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas sin embargo se trata de un instrumento desigual para proteger determinados intereses y con esa finalidad utiliza un lenguaje confuso y contradictorio.
2. Impone a las autoridades de los Estados Partes obligaciones específicas no contempladas por el derecho interno, es decir, les exige actuar en forma no prevista en sus ordenamientos jurídicos; de este modo obliga a cambiar el derecho interno para la tipificación penal.
3. Asume que todos los Estados son iguales, ignorando las relaciones de poder y otras reglas que son condiciones específicas para algunos de los países.

Debe destacarse el importante paso que dio la comunidad internacional al aprobar la Convención de Viena generando toda una estrategia global contra el tráfico de estupefacientes, siendo una de sus preocupaciones el blanqueo de dinero y el tratamiento del producto económico del mismo, pues además de comprometer a los Estados miembros para elevar a tipos penales estas conductas, el tratado constituye un gran avance en materia de cooperación judicial internacional y deja claro que el llamado sector bancario no puede convertirse en obstáculo para adelantar investigación al respecto⁴¹.

4.5 DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BASILEA

Se suscribió por los representantes de los bancos centrales de Alemania, Bélgica, Italia, Canadá, Japón, Francia, Estados Unidos, Suiza, Holanda,

⁴¹ DEL OLMO, Rosa. Narcotráfico en Latinoamérica. Editorial Jurídica Venezuela, 1995, p. 42.

Luxemburgo y Reino Unido en diciembre de 1988, con el fin de trazar unos parámetros para procurar la identificación de los clientes de estas entidades.

Esta declaración se conoce como el instrumento base para la prevención del delito en el sistema bancario con el propósito de lavar dinero, advierte que para estar seguros que el sistema financiero no es utilizado como medio para fines delictuosos, los bancos deben hacer esfuerzos razonables para establecer la verdadera identidad de los clientes que requieren los servicios de esas entidades, lo que implica especial atención a la identificación de los titulares de todas las cuentas, los bancos deberán adoptar procedimientos sobre los nuevos clientes en ese sentido.

Traza como directriz la política institucional y pública según la cual los bancos que lleven a cabo importantes transacciones, deben hacerlas con clientes de quienes se tenga evidencia de su identidad.

4.6 DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1990

Se suscribió el 15 de febrero de 1990 por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Perú y Estados Unidos, en ella se sentaron las bases del desarrollo de una estrategia integral y multilateral contra las drogas ilícitas, para lograr la reducción de la demanda, consumo y oferta de estas.

A través de esta declaración las partes reconocen que el tráfico de drogas ilícitas tiene a largo plazo un impacto negativo sobre sus economías. En algunas de sus apartes considera que las ganancias de la producción y el comercio de la coca y el tráfico de drogas ilícitas, contribuyen en diferente medida a la entrada de divisas y a la generación de empleo o ingresos que afectan la economía lícita. Para contrarrestarlo, los países miembros consignaron en la declaración varios puntos a saber:

1. Desarrollo alternativo y sustitución de cultivos.
2. Mitigación del impacto social y económico de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas.
3. Iniciativas comerciales, estímulos a las exportaciones e inversión extranjera privada.
4. Entendimientos relacionados con el ataque de drogas ilícitas.
5. Control de activos financieros, para lo cual las partes convienen en identificar, seguir, congelar, decomisar y aplicar procedimientos legales, para la disposición de los ingresos provenientes de los delitos de tráfico de narcóticos en sus respectivos países y atacar los aspectos financieros del comercio de drogas ilícitas.

Se buscó de igual forma, que las partes adoptaran medidas tendientes a definir, tipificar y sancionar penalmente el lavado de activos e incrementar los esfuerzos para hacer efectiva la legislación vigente y establecer fórmulas que exceptúen el secreto bancario.

4.7 DECLARACIÓN DE SAN ANTONIO DE 1992

Los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú, Estados Unidos y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela se reunieron en San Antonio, Texas, el 26 y 27 de febrero de 1992, para ratificar en esta declaración los compromisos que fueron asumidos en la Declaración de Cartagena. Expresaron su disposición de ir más allá de los logros alcanzados con la anterior declaración, construir nuevas bases sobre el progreso alcanzado y adecuar la cooperación internacional a los nuevos retos que surgen de los cambios mundiales experimentados frente al problema de la droga.

Los países se propusieron fortalecer las acciones, bilaterales y multilaterales para el control y fortalecimiento de los sistemas judiciales con el fin de enfrentar el

tráfico ilícito de los estupefacientes, las sustancias psicotrópicas y los productos químicos precursores esa actividad; los partes intervinientes se mostraron dispuestas a atacar las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas mediante la detención, procesamiento, condena y encarcelamiento de sus autores, coautores, miembros, cómplices, facilitadores y encubridores, haciendo uso de la incautación y decomiso de sus bienes conforme a los respectivos ordenamientos internos y las leyes vigentes. Para tales objetivos los países miembros se comprometieron a llevar a cabo acciones coordinadas de cooperación por medio de sus instituciones nacionales.

Con respecto al tema del Lavado de Activos y Testaferrato los referidos países que suscribieron la declaración apoyaron la plena aplicación de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, es decir la Convención de Viena de 1988, la cual dispone entre otras cosas, la tipificación como delito de todas las operaciones de lavado de dinero relacionadas con el tráfico ilícito de drogas.

Como aspectos para resaltar en esta declaración fueron las recomendaciones acerca de:

1. Los elementos constitutivos de un programa integral para el cumplimiento de las disposiciones financieras y la fiscalización del lavado de dinero.
2. El intercambio entre Gobiernos de información financiera conforme a entendimientos bilaterales.

4.8 REGULACIÓN MODELO DE LA OEA SOBRE EL LAVADO DE DINERO

El 13 de marzo de 1992 fue adoptado el Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, en el Decimoprimer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Internacional para el

Control y el Abuso de Drogas (CICAD), que se llevó a cabo en Punta del Este Uruguay.

Este reglamento modelo consta de 19 artículos, que consignan los elementos que constituyen el delito de lavado de activos, la competencia, el manejo que se le debe dar al decomiso de bienes, productos o instrumentos y el destino de los mismos, los mecanismos que debe adoptarse por las entidades financieras para evitar que sea utilizada para el lavado de activos, cómo debe funcionar la cooperación internacional y finalmente hace referencia al secreto o reserva bancaria⁴².

Colombia ha suscrito acuerdos con varios Estados en procura de unificar criterios para la persecución de actividades que puedan generar lavado de activos, denominados acuerdos de cooperación mutua.

Uno de ellos fue el que suscribió Colombia y Estados Unidos denominado el “Acuerdo de cooperación mutua entre el gobierno de Colombia y el gobierno de los Estados Unidos de América para combatir, prevenir y controlar el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas, de fecha 27 de febrero de 1992”, en donde cada país obligue a las entidades financieras a reportar transacciones monetarias cuyo monto fije la autoridad nacional respectiva. De igual forma, determinaron facilitar:

“La mutua cooperación y asistencia que precisen para el intercambio oportuno de información sobre transacciones monetarias, obtenidas y conservadas por las entidades ejecutoras o sus designados, en sus bancos de datos sobre transacciones monetarias”.

⁴² CAMARGO, Op. cit., p. 279.

El acuerdo de cooperación señala mecanismos bilaterales para combatir uno de los delitos que afecta considerablemente la sociedad actual y que requiere medidas urgentes para prevenirlo, pero no autoriza la intervención directa de los países firmantes frente a la autonomía y soberanía del Estado Colombiano.

4.8.1 Características del delito de Testaferrato. En el Testaferrato lo que se incrimina no son los bienes que se adquieren de origen ilícito sino los dineros con los que se obtienen, pues no podemos olvidar que se pretende ocultar el verdadero volumen patrimonial de la persona que no aparece frente a la ilícita procedencia ilegal.

Prestar el nombre, delito autónomo, de resultado y de ejecución permanente, para figurar como sus dueño, admite el grado de tentativa, por ejemplo cuando la persona ha acordado a través de un contrato independiente en el derecho Civil como una promesa de compraventa y por razones ajenas a su voluntad no logra obtener, que se simule la propiedad del bien en su nombre y es sorprendido con el dinero de procedencia ilícita para pagar la negociación con el que compraría el bien a su nombre.

El verdadero dueño permanece oculto, mientras otro, el autor de la conducta punible de Testaferrato finge ser el dueño, incurriendo en el delito mientras el bien permanezca en su nombre, aunque la apariencia es el elemento característico del Testaferrato, el verdadero dueño es otro a quien deberá devolverle el bien, al ser consciente el testaferrato, que en realidad no le pertenece.

Frente al sujeto testaferrato o prestamista, como los bienes no ingresan realmente sino en apariencia a su patrimonio hace que se diferencie del enriquecimiento ilícito de particular, donde hay un incremento patrimonial real pero no justificado.

Un sujeto de Testaferrato o prestamista, da o permite que a su nombre aparezcan bienes que no le pertenecen por ello es el verdadero autor material de la conducta, se traduce en la persona que presta su nombre para que la propiedad de bienes ajenos aparezcan bajo su dominio a sabiendas de que no son de su propiedad, por cuanto el prestatario queda impune.

Otro elemento es la adquisición de *bienes*, para cuyo significado cabe acudir al derecho civil, el que las define como las cosas corporales e incorporeales, entendiendo como corporales las que son percibidas para los sentidos o no lo son, unida a la tradicional clasificación de muebles o inmuebles, según la diferencia de poder trasladar los bienes de un sitio a otro.

Lo que se ejercerá es el derecho de propiedad sobre los bienes que provienen del narcotráfico o conexos, secuestro extorsivo, extorsión o conexos, como un derecho subjetivo sobre los mencionados, facultad que permite usar, disfrutar o disponer de ellos conforme a su voluntad.

Por lo anterior, puede sostenerse que tanto en el proceso de criminalización del delito de Testaferrato en nuestro país, se pretendió proteger primeramente el bien jurídico de la Administración de Justicia, por ser una forma independiente pero derivada del punible de encubrimiento, toda vez que el objetivo que pretende el narcotraficante al buscar testaferreros para que a su nombre figuren bienes que realmente no le pertenecen a estos, no es otro que disimular o camuflar la magnitud y el origen de su patrimonio, buscando engañar a las autoridades sobre el origen de esos recursos y su relación actividades ilícitas.

Pero también motivó al Estado la creación del tipo penal de Testaferrato, los efectos que genera esta conducta frente a la economía nacional, como consecuencia del ingreso masivo de capitales en proporciones exorbitantes que producen distorsión en la adquisición de divisas, manejo descontrolado de

moneda extranjera, alteración del régimen cambiario, inflación e impacto en el mercado de bienes y servicios, así como el deterioro en la confianza de la actividad empresarial lícita, ante la menor rentabilidad económica.

De igual manera se ha sostenido, que el Testaferrato impacta la moral social por la opulencia de los capitales adquiridos en forma fácil producto de actividades ilícitas, lo cual desmotiva el trabajo honrado y la libre empresa como base esencial del avance económico en la comunidad y afecta la función social de la economía del país, además lesiona la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a la legalidad.

En relación con el bien jurídico de la Salud Pública es conexas la relación del Testaferrato con el fenómeno del narcotráfico, dado que los dineros que permiten que aparezcan los bienes en cabeza de otras personas son producto directo de tales actividades ilícitas

El examen del tipo penal de testaferrato debe partir de los principios constitucionales que ha implantado nuestro ordenamiento constitucional de 1991, los cuales han sido desarrollados ampliamente por la Jurisprudencia en sede de revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

4.8.2 Interpretación Constitucional sobre los elementos del tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particular y su relación con el Testaferrato. Los citados elementos fueron señalados por la Corte Constitucional en la controvertida sentencia C – 319 de 18 julio de 1996, en la que se advirtió que no era necesaria sentencia condenatoria previa con características de cosa juzgada, para determinar el ingrediente normativo del tipo, referido a que el incremento patrimonial se derivara de actividades ilícitas.

Al respecto se dijo:

“En primer lugar, se trata de un tipo penal de **sujeto activo indeterminado**, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal **condiciona la punibilidad** del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de “actividades delictivas”; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico.

En el primer caso, en relación con el sujeto activo, no existe dificultad alguna para entender su campo de acción, en cuanto que en dicha conducta puede incurrir todo aquel que se enriquezca ilícitamente. Es clara la diferencia que existe frente al delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, pues en este último caso, como ya se anotó, se trata de sujeto activo cualificado.

En el segundo caso, y en relación con la expresión “**no justificado**”, debe recordarse la dicho en el punto anterior en cuanto a que su operancia no conduce en manera alguna a una inversión de la carga de la prueba, pues es el Estado a quien corresponde en última instancia probar el hecho típico, antijurídico y culpable, de conformidad con los medios de prueba existentes y los elementos de juicio apartados al proceso. Se reitera que la explicación que brinde el imputado en relación con el presunto incremento patrimonial injustificado corresponde a un acto propio del ejercicio del derecho de defensa, como quiera que en las instancias procesales debe permitírsele al sindicado explicar su conducta.

Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia. Al pasar al terreno penal, no puede sostenerse que abruptamente cese todo asomo de colaboración de la persona a la que se pide explicaciones sobre sus movimientos patrimoniales (C.P. Art. 95 numerales 7 y 9).

Respecto de la expresión “actividades delictivas”, es importante anotar que ésta corresponde a un integrante especial del tipo de orden normativo. Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino corresponden a expresiones que pueden predicar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar al alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole al juez penal en todo caso, examinar su ocurrencia; es decir, valorar la conducta como delictiva.

Pero además, el ingrediente normativo que contiene el enriquecimiento ilícito de particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”, en manera alguna debe interpretarse en el sentido que deba prevenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito. No fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiese sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para quien fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito”.

Se tiene sabido que es prioritaria y esencial finalidad del Estado garantizar la efectividad de los derechos de los asociados, cuyo teleológico cometido en materia criminal le impone la vigencia de las garantías judiciales prevenidas en el artículo 29 de la Carta Política. Entre ellas la tipicidad como expresión garante del principio de legalidad y del *apoteagma nullum crimen, nulla poena sine lege*, acorde con el cual los elementos integradores de la conducta punible – y la correlativa sanción-, deben ser no solo previamente señalados en el texto legal, sino que a la hora de emerger el juicio de reproche deben estar plenamente demostrados en el proceso por parte del estado.

Pero también que la Constitución Política y la ley ampara la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal. Derecho fundamental del investigado acorde con el cual no está obligado a presentar al juez prueba alguna demostrativa de su inocencia, imponiéndose por contraprestación que sean las autoridades judiciales quienes deban demostrar la culpabilidad, en los términos en que la interpretación constitucional también la ha decantado al señalar que: La presunción de inocencia se encuentra relacionada en el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, mandato por el cual: “toda persona se

presume inocente mientras no se le haya declarado jurídicamente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagrada para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado⁴³.

Para un sector de la doctrina, el citado fallo minimiza el tratamiento que debe ofrecerse al punible y desconoce de fondo el ordenamiento jurídico cuando se impone al juzgador la valoración de “*actividades delictivas*”, para deducir sin sentencia judicial en firme el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, por lo

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001.M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que se afirma que se trata de una ostensible violación de la presunción de inocencia y por ende, del debido proceso⁴⁴.

El Testaferrato es una infracción de carácter bilateral o recíproca, porque para su configuración se exige la presencia indiscutible como mínimo de dos personas que necesariamente tienen que concurrir a la realización de la conducta, porque la norma para su tipificación se refiere al sujeto activo como: “*Quien preste su nombre*”, frase que implica un sujeto que es el prestamista que de suyo conduce a la existencia de otro que es el prestatario del nombre.

Si bien es cierto, que para la configuración de la prohibición es necesario que exista un prestamista y un prestatario, ello no implica que el canon legal exija un sujeto activo plural; tampoco significa que ambos incurran en el punible de Testaferrato, porque la norma solo sanciona al prestamista no al prestatario, así éste sea el iniciador de la conducta no responde por este reato, pues se reitera, el precepto solo sanciona al prestamista, cuando dice: quien preste su nombre, porque el prestatario-, por lo que responderá por otros delitos, como enriquecimiento ilícito o narcotráfico, etc., no por Testaferrato, en virtud del principio de la legalidad de los delitos y de las sanciones penales, pues el canon legal no lo incluye, no lo sanciona; su conducta como prestatario será impune.

Se le considera en su origen al Testaferrato, como una modalidad específica de los tipos penales de encubrimiento, como son el Favorecimiento y la Receptación, los cuales, genéricamente han sido caracterizados por tener dos presupuestos definidos, los que doctrinariamente se han identificado como positivo el primero y negativo el segundo; el positivo hace referencia a la existencia de un delito anteriormente cometido con independencia de estos y por lo mismo, se trata de un delito antecedente, fuente o delito previo; mientras que el aspecto negativo

⁴⁴ CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de Enriquecimiento Ilícito. 4ª Ed. Bogotá: Editorial. Leyer, 2002 y MADRID MAYOR, Edgar. La realidad de la Corte en sus fallos. Bogotá: Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, 2000.

apunta, a la inexistencia de participación criminal del autor en cualquiera de las modalidades previstas en la parte general del estatuto punitivo, con relación al delito previo o antecedente⁴⁵.

4.9 LA CONDUCTA PUNIBLE DE TESTAFERRATO

El análisis específico de la conducta punible de Testaferrato implica abordar el principio Constitucional que irradia el Derecho Penal Colombiano denominado DERECHO PENAL DE ACTO, previsto en el ordenamiento constitucional en el enunciado del inciso 2º del art. 29 superior, junto a la mayor conquista universal conocida como el principio de legalidad del delito y de la pena, bajo el siguiente tenor. “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

El sujeto activo es *monosubjetivo* e indeterminado.

El sujeto activo es la persona que ejecuta la acción descrita en el tipo penal, puede ser *monosubjetivo o plurisubjetivo* si está concebido en forma única o plural en el tipo penal respecto de las personas que realizan el supuesto fáctico previsto en el mismo; se conoce otra división de los tipos penales de sujeto activo indeterminado o cualificado, dependiendo que el tipo se refiera a cualquier persona o exija una calidad especial del mismo o específicamente tenga una cualidad establecida por el legislador en la confección de la descripción típica, en caso contrario que simplemente hagan una enunciación neutra, es decir sin ninguna referencia especial al autor, se denomina indeterminado.

⁴⁵ DONNA, Edgar Alberto. Derecho Penal parte especial. Tomo III. Argentina. Editorial Rubinzol Culzoni, 2005.

La legislación sustancial penal establece dos tipos de autoría en el art. 29, la primera denominada autoría material o propia y la segunda autoría mediata, bajo el siguiente enunciado: “Es autor el que realice la conducta punible por sí mismo utilizando a otro como instrumento”.

Bajo el principio del dominio del hecho se considera autor al sujeto que domina el acontecer causal en el mundo material o fenomenológico, vale decir, quien realiza todos los elementos del título en su propia persona o comete por sí mismo la conducta punible.

A pesar del fenómeno de autoría material propia, cabe la posibilidad de concurrencia para esta modalidad típica de otros sujetos, en virtud de las previsiones del inciso final del art. 29 del C.P., cuando el sujeto activo o autor del delito de Testaferrato, es miembro o representante de la persona jurídica o ente colectivo o persona natural representada voluntariamente, siempre que en ella concurren los elementos constitutivos del tipo en la conducta realizada por el representante legal.

También puede tener aplicación en una investigación de Testaferrato la división del trabajo de varios autores conforme al aporte delictual de cada uno de ellos, con unidad de propósito, acuerdo común o designio delictivo, evento conocido en la sistemática penal como coautoría impropia en el que todos responden como verdaderos autores del acontecer criminal, haciéndose acreedores a la pena prevista en la conducta respectiva, en los términos del art. 29 inciso 2º del C.P.

De igual manera puede darse el evento de autoría mediata, caso en el que se utiliza a una persona como instrumento, que puede ocurrir cuando se utiliza a un inimputable, en los eventos de inducción en error, exonerándose de responsabilidad al ejecutor mediato, respondiendo penalmente el denominado “hombre de atrás”, que es el verdadero autor mediato.

El sujeto pasivo es sin lugar a dudas el Estado por ser el titular del bien jurídico del orden económico social, que es el interés jurídico directo que se afecta con la comisión de esa conducta punible, coincidiendo en este caso, el sujeto pasivo y el perjudicado con la comisión del injusto, por no tratarse de una persona natural o jurídica en particular, la titular del derecho afectado.

El objeto jurídico de la conducta analizada hace referencia a la protección o tutela de un específico interés o bien jurídico que se quebranta o vulnera con la comisión del ilícito punitivo; para el caso en estudio desde la aparición del Testaferrato en Colombia a través del Estado de excepción, como quedó visto en acápite anterior, tiene el carácter de conducta pluriofensiva, al atentar contra la tranquilidad y seguridad ciudadana, el orden económico social, la recta y eficaz impartición de justicia, así como la moral social.

El núcleo rector del tipo y la conducta están circunscritos a la acción que desarrolla el autor del delito de Testaferrato, que no es otra que prestar el nombre para adquirir bienes, es un hecho abstracto complementado con un ingrediente normativo del tipo, referido a que los dineros sean provenientes del delito de narcotráfico y conexos o del secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

Por lo mismo, la conducta es eminentemente dolosa y se concreta en permitir, a sabiendas del origen de los dineros – provenientes de narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, que se pongan como de una persona, al prestar conscientemente su nombre, para que determinado (s) bien (es) figuren como de su propiedad, ocultando de esta manera el verdadero volumen patrimonial de la persona que se oculta, es decir simulando ser el dueño cuando realmente no lo es por lo que es delito de resultado y de carácter permanente, pues no se configura, si real y efectivamente no se aparenta ser el dueño porque es de su naturaleza encubrir, simular u ocultar al verdadero propietario del bien que se adquiere, con

los dineros que provienen de los delitos citados y mantiene sus efectos, durante el tiempo que permanece en su poder simulando ser el propietario,

Por lo anterior, eventualmente cabe la aplicación del dispositivo amplificador del tipo denominado la Tentativa, como por ejemplo cuando la policía decomisa el dinero proveniente de uno de los delitos citados, con el que se adquiriría un inmueble y no se puede realizar la negociación a pesar de ejecutarse actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, frustrándose el ilícito por razones ajenas a la voluntad del sujeto agente.

4.9.1 Análisis jurisprudencial de la conducta de Testaferrato. En desarrollo del principio de unificación de la jurisprudencia que le compete por mandato constitucional a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran pronunciamientos que demarcan con suma precisión las características e implicaciones jurídicas de la conducta punible de Testaferrato.

Veamos algunas decisiones:

En Sentencia de febrero 21 de 2002, radicado 16867, con ponencia del Dr. Herman Galán Castellanos, la Sala de Casación penal abordó la problemática relacionada con el carácter permanente del delito, para efectos de la prescripción de la acción penal, así como su estructuración típica de la siguiente manera:

...Es conveniente advertir que el carácter permanente del delito de "Testaferrato", en varias ocasiones ha sido reconocido por la Sala de Casación Penal, criterio que ciertamente se ha tenido en cuenta desde el pronunciamiento del 9 de noviembre de 1990, en el que se señaló que la conducta prevista en el art. 6º del Decreto 1856 de 1889 es de ejecución permanente, considerando que continúa cometiéndose mientras subsista la condición de testaferrato o de ilícita simulación, siendo reiterado por la Corte en decisiones de noviembre 12 de 1998, 23 de agosto de 2000 y enero 18 y diciembre 19 de 2001.....este delito continúa

perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferrero, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación.

En otro pronunciamiento de la Corporación, relativo al carácter autónomo del delito de Testaferrato, que implica la posibilidad del concurso material con otras conductas típicas así como la naturaleza pluriofensiva del mismo frente al bien jurídico de tutela, sostuvo la Sala de Casación Penal en el radicado 14852, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla lo siguiente:

En principio se observa que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en la medida que se trata de una forma autónoma de encubrimiento, toda vez que el propósito perseguido por el narcotraficante al utilizar testaferreros para que a nombre de estos figuren bienes de su propiedad, disimulando la magnitud y el origen de su patrimonio y de esa manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y el lucro de ellas obtenido. Además, la infracción que se viene comentando se fundamenta en la necesidad de proteger otros bienes jurídicos, como la seguridad pública, en tanto la acumulación de fortunas por actividades vinculadas al narcotráfico resquebraja los cimientos de la sociedad...

La autónoma Criminalización de esta grave manifestación del Testaferrato pretende así mismo combatir los desajustes de la economía nacional, generados por la introducción descontrolada y masiva de moneda extranjera, con la consecuente distorsión en los niveles de adquisición de divisas, el régimen cambiario y las políticas antiinflacionarias, con negativos efectos en el mercado de bienes y servicios y el deterioro de las iniciativas empresariales lícitas pero menos rentables por la opulencia de capitales adquiridos en forma fácil, producto de actividades ilícitas, que desalientan el trabajo honrado y la libre empresa como función social sana base del desarrollo, al igual que la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título.

“El tipo penal que se comenta debe entonces valorarse como una disposición autónoma de naturaleza *pluriofensiva*, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que, como se ha observado, protege distintos bienes jurídicos perfectamente

diferenciados en la forma indicada: la administración de justicia, la salud, la seguridad pública, la moral social, el orden económico, etc..

Prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o de infracciones conexas con este, mientras el verdadero titular de aquellos permanece en la clandestinidad, evitando de esa manera la legítima persecución por la justicia, podría tenerse, en gracia de discusión, como comportamiento adecuado a uno de los verbos rectores de la receptación, pero la generalidad de este tipo penal, referido residualmente al encubrimiento sobre bienes de procedencia ilícita que la ley no sanciona autónomamente, hace imprescindible descartarlo en el proceso de subsunción, para preferir aquel que, como quedó visto, contiene elementos que lo concretan, especializan y diferencian, mostrando una particular herramienta jurídica relacionada con el verdadero titular y origen de los caudales de la persona que pretende ser favorecida, entre otros medios, gracias a la falaz interposición del testaferro.

En otra decisión de la Corte Suprema de justicia emitida en el radicado 14658, sentencia de casación del 19 de diciembre de 2001, Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, se examinó la autonomía del delito de Testaferrato frente a la conducta de receptación, el carácter transnacional del punible, su relación con el lavado de activos y la caracterización típica del mismo que lo diferencian de la receptación, de la siguiente manera:

Analizados los antecedentes de la nueva disposición, se constata que estuvo inspirada en hacer más drástica la sanción prevista para el delito de encubrimiento por receptación, y de crear, acorde con las tendencias universales y los convenios suscritos por el Estado Colombiano (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas, aprobado por la ley 67 de 1993) instrumentos normativos que permitieran combatir el lavado de activos en sus distintas manifestaciones, ante la consolidación económica de los grupos de delincuencia organizada, la sofisticación de sus métodos de actuación criminal, y la diversificación de sus procedimientos, sin pretender modificar, ni tampoco subrogar, las conductas

relacionadas con dicha actividad, que venían siendo tipificadas autónomamente, como ocurría con el Testaferrato.

Si el legislador ordinario hubiera querido excluir del ordenamiento jurídico la tipificación autónoma del delito de Testaferrato, habría optado por la derogación expresa de la norma que lo contenía, o por la inclusión en la nueva configuración típica de la específica acción de encubrimiento por receptación prevista en ella (prestar el nombre para adquirir), pero no lo hizo...

“Tampoco es acertado sostener que “prestar el nombre para adquirir” es expresión equivalente a “ocultar”, “legalizar” o “dar apariencia de legalidad”. Quien oculta, legaliza o da apariencia de legalidad a bienes adquiridos ilícitamente, realiza una acción distinta de quien presta el nombre para hacerlo, y si bien es cierto este último comportamiento podría encontrar adecuación típica en la nueva disposición, porque quien facilita el nombre para adquirir bienes ilícitos está ayudando a ocultar, o contribuyendo a la legalización, para la Corte ha sido y sigue siendo claro que debe ser preferida la norma del Testaferrato, por contener elementos estructurales que concretan, especializan y diferencian la modalidad conductual.

4.9.2 La Cooperación jurídica internacional como un elemento fundante en el tratamiento del delito transnacional y el Testaferrato. La cooperación internacional o asistencia legal mutua, es una institución de naturaleza procesal penal, que hace referencia a preceptos del derecho internacional armonizados con la legislación procesal interna de los países que poco ha sido desarrollada en el ámbito nacional, esta cooperación tiene como finalidad integrar judicialmente a las naciones en materia penal a partir de esos convenios para acompasar las instituciones internas a esos estándares internacionales.

La cooperación internacional aparece como una de las más importantes necesidades de las naciones para buscar la colaboración entre sí, con el fin de perseguir eficazmente el delito transnacional en el plano internacional, justamente por el efecto que esta modalidad delictiva tiene, al ir más allá o trascender las

fronteras de los países en su quehacer delictivo, por lo que se considera actualmente como un deber recíproco de las naciones.

A partir de la convención de Viena de 1988, ampliamente citada en el desarrollo del presente trabajo, se acordó perseguir el narcotráfico y las conductas afines o conexas, surgen en el ámbito internacional una serie de convenios de carácter bilateral y multilateral, que son instrumentos que soportan el fenómeno de la cooperación judicial de las naciones a los que nos referiremos a continuación.

- **ANTECEDENTES**

La Resolución No. 2625 de 1970 expedida por Naciones Unidas determinó por primera vez en el contexto internacional el deber de las naciones de la colaboración, cooperación y ayuda entre los Estados.

El principal motivo de interés en el plano citado lo constituye una de las preocupaciones cual es el acuerdo de cooperación entre las naciones, objetivo que aparece en la Convención de Viena de 1988, donde se consagró la necesidad imperiosa por la cooperación internacional para la persecución y sanción del tráfico ilícito de estupefacientes y el producto económico del mismo.

Dos Convenios internacionales de tipo bilateral ha suscrito recientemente Colombia para ese objetivo: el primero, es el Convenio de Cooperación y Asistencia Judicial Mutua entre el Reino de España y el Gobierno Colombiano, del 29 de mayo de 1997 y el segundo es el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Judicial entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de Venezuela del 20 de febrero de 1998.

Como acuerdos Multilaterales en esta materia encontramos: el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de junio de

1998, que entró en vigencia el 1º de noviembre de 2002, en donde los Estados parte, como Colombia, se comprometieron al momento de su ratificación, a la *cooperación jurídica internacional en materia penal*, en desarrollo de la aplicación del principio de jurisdicción universal, para los delitos más graves cometidos en contra de la humanidad.

Otros dos tratados de esa misma clasificación son: La convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de Carácter Transnacional, suscrita en Palermo -Italia- el 15 de noviembre de 2000, vigente a partir de septiembre de 2004 y la convención de Naciones Unidas contra la corrupción recientemente ratificada en nuestro país.

- **MARCO JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

El congreso XI de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Justicia Penal llevado a cabo en Bangkok en abril de 2004,⁴⁶ estableció las acciones principales en materia de cooperación judicial frente a los nuevos retos del crimen organizado. Para lo cual partió del supuesto de que ningún Estado puede dejar de cooperar con los otros y es su deber en consecuencia, colaborar con la obtención de la seguridad mundial, ante la amenaza de las organizaciones criminales y el terrorismo internacional, lo cual implica optimizar los mecanismos para hacer eficaz la persecución y sanción de los delitos transnacionales.

Otro aspecto relevante en materia de Cooperación judicial que fue tenido en cuenta en esa oportunidad en materia de crimen organizado y delito transnacional, fue el relacionado con el difícil aporte probatorio para judicializar y sancionar esos comportamientos delictivos, toda vez que la conducta delictual se comete en diferentes países; básicamente porque el imputado, las víctimas, el

⁴⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Comisión de prevención del delito y justicia penal, 14 período de sesiones. Viena 23 a27 de mayo de 2005.

material probatorio, testigos, documentos, etc., se encuentran fuera de la jurisdicción de un Estado, lo cual hace sumamente complejo el acopio investigativo y el éxito de la jurisdicción punitiva de los países.

Precisamente, el fenómeno de la Globalización e internacionalización de las relaciones económicas, hoy resultado del avance tecnológico de la humanidad, se traducen en mecanismos que benefician el delito transnacional, ante la rapidez de las operaciones y el difícil rastreo y seguimiento de las mismas, que más allá de las fronteras hace inoperante la justicia penal.

A nivel de instrumentos internacionales encontramos los siguientes tratados que tienen relación con la Cooperación Internacional:

- a. Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1992. Las partes quedaron comprometidas a través de este acuerdo Americano a establecer o tipificar en sus legislaciones diferentes modalidades de delitos de corrupción. De igual manera a prestar la más amplia colaboración en asistencia recíproca, inmovilización y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la corrupción y no negar la colaboración sobre la base del secreto bancario. Rige en Colombia desde el 01-19-1999.
- b. Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, Bahamas 1992. Es una de las más amplias convenciones en materia de asistencia mutua de las naciones hace referencia a que las solicitudes de asistencia judicial pueden obedecer a cualquier tipo de delito, incluyendo eventos en los que el hecho no sea delictivo para el Estado requerido; rige en Colombia desde el 01-13-2003.
- c. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Convención de Mérida de 2003. Se crean nuevas categorías jurídicas contra la corrupción, entre

ellas: Soborno Transnacional, Corrupción del sector privado, Funcionario público.

Aborda el problema de la corrupción no solo como delito sino como fenómeno social. Extiende la extradición para los casos de corrupción, se regulan técnicas de investigación en estos delitos, Se establece el intercambio de información entre un rango mayor de autoridades, excediendo las actuaciones penales ya que el instrumento no solo se refiere a ellas.

Por las caracterización dada en los acuerdos citados, se consideró la cooperación internacional como una medida de urgencia por parte de la comunidad de naciones, para enfrentar las formas modernas de delincuencia organizada y terrorismo internacional, por tal razón se planteó la necesidad de fortalecer instituciones como la Extradición, la asistencia jurídica recíproca, la remisión de actuaciones penales, el traslado de condenados de un país a otro, el reconocimiento de fallos extranjeros, el embargo preventivo, la incautación de activos y la cooperación entre los órganos de represión, que son típicas medidas de cooperación internacional.

4.9.3 Medidas de cooperación internacional frente a la delincuencia transnacional y el terrorismo. Son medidas de cooperación internacional las siguientes:

- **Extradición.** Sometida a los tratados internacionales, la cual encuentra su regulación en nuestro sistema jurídico a partir del art. 35 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2007, según el cual:

La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por

delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia.

La extradición no procederá por delitos políticos. No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

Está concebida la extradición bajo el principio de doble incriminación, es decir, la conducta delictiva debe estar descrita y sancionada como punible en la legislación de ambos Estados, de tal manera que exista equivalencia o similitud entre ellas, por lo que se tiene aceptado jurisprudencialmente que son aplicables en esta materia, los principios de legalidad, reciprocidad y favorabilidad.

El ordenamiento procesal penal previsto en la ley 906 de 2004, regula la extradición con un sistema mixto, esto es, en el que intervienen varias autoridades, una judicial y una administrativa, quien en últimas decide ofrecer o conceder la extradición, pero es facultativa la decisión final a cargo del Gobierno Nacional, la cual en todo caso requiere concepto previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal -, tal como lo tiene previsto el art. 492 de ese estatuto.

Dentro de los requisitos legales para su viabilidad se establece, que el hecho esté considerado como delito en nuestra legislación y que tenga como sanción la privación de la libertad con un mínimo de pena no inferior a cuatro (4) años, en todo caso la pena a imponer en otra nación no puede ser superior ni distinta a la sanción que se le impondría en la sentencia en el ámbito nacional.

El concepto de la Corte Suprema de Justicia hace referencia a la validez formal de la documentación allegada, la demostración plena del solicitado en extradición, la operancia del principio de doble incriminación, la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y al cumplimiento de lo previsto en tratados internacionales; es decir, esa corporación judicial, no hace un control material ni

de responsabilidad sobre la persona solicitada, sino que esa facultad radica en el país requirente; por lo tanto la extradición se considera, como un instrumento de colaboración y cooperación internacional.

- **Asistencia Jurídica Recíproca.** Para la implementación en la legislación de los países es indispensable la flexibilidad procesal interna, en lo relacionado con la validez y legalización de todas las actuaciones practicadas por autoridades homólogas extranjeras, que es lo que constituye en esencia la Asistencia Jurídica Recíproca, básicamente con el fin de hacer posible la validez probatoria y la aducción de los medios de prueba y evidencias obtenidas en otros países ante autoridades homólogas.
- **Remisión de Actuaciones Penales.** Hace referencia a la prueba trasladada entre autoridades extranjeras homólogas o de actuaciones penales en ausencia de competencia, a través del principio de territorialidad o extraterritorialidad de la ley penal.

Tiene como efecto directo el ofrecimiento espontáneo de información, de evidencias y de pruebas, entre autoridades homólogas de diferentes Estados, por lo tanto, es una institución de enorme utilidad en las investigaciones que adelanta cada país.

- **Traslado de Condenados.** Tiene como finalidad humanizar el cumplimiento de las penas impuestas a ciudadanos extranjeros por autoridades judiciales de países diferentes, mediante la repatriación a los lugares de origen, permitiendo que se ejecute la sanción en sitio diferente a las nación que emitió la condena, bajo la información que deba suministrarse a las autoridades judiciales que profirieron las respectivas sentencias.

- **Reconocimiento de fallos penales extranjeros.** Se incorpora a los Estados mediante la actualización de la figura del Exequátur, como pilar de integración judicial, pues permite la ejecución inmediata y la plena validez de los fallos extranjeros, relacionados con la afectación bienes, personas, perjuicios, víctimas, libertad o sanciones etc.
- **Cooperación entre órganos de investigación y represión.** Hace referencia a la cooperación de las autoridades encargadas de investigar y perseguir conductas transnacionales, destinada a los eventos de investigación de las agencias de policía judicial de los países, específicamente en el intercambio, coordinación y ejecución de técnicas modernas de investigación, tales como la entrega vigilada, el intercambio de investigación, el seguimiento en casos iniciados en un país que requieran la colaboración de países extranjeros, la operación encubierta, la infiltración de personas en organizaciones criminales, la entrega vigilada de objetos cuya enajenación está prohibida por la ley, entre otras.
- **Disposición de bienes.** Con el objeto de hacer efectiva la persecución de los bienes que se encuentran en diferentes naciones y en especial para la concreción del fenómeno del comiso, se pretende hacer efectivo el embargo y secuestro de bienes, todo tipo de medidas cautelares, suspensión del poder dispositivo, las restricciones judiciales a la comercialización y similares sobre tales bienes, para poder ubicarlos, detectarlos, localizarlos y sobre ellos disponer las medidas jurídicas respectivas; en el caso colombiano se puede afectar directamente esos bienes a través de la extinción del dominio prevista en el art. 34 constitucional.

Se ha planteado la posibilidad de la compartición de bienes, lo cual significa que puede haber acuerdos sobre la repartición entre diferentes autoridades o países,

del producto económico del delito, sobre la base la noción de Estado víctima o Estado lesionado.

De igual manera, en relación con personas jurídicas se permite la implementación de cancelación de registros y otras medidas similares.

La Convención de Palermo de 2000, Frente al fenómeno de la Cooperación judicial (Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional)

Está reconocido como el instrumento internacional que apunta a la más amplia asistencia judicial recíproca en relación con los procesos, investigaciones y actuaciones judiciales sobre la base de la participación en un grupo delictivo organizado, relacionado con los delitos previstos en la convención como delincuencia organizada transnacional, son ellos:

- a. Corrupción.
- b. Lavado de Activos.
- c. Obstrucción de la justicia.
- d. Participación en un grupo delictivo organizado.
- e. Cualquier otro delito grave que tenga pena de 4 años o más.

Son objeto de asistencia legal mutua e intercambio entre los diferentes países y autoridades, las siguientes actividades:

- a. Recibir testimonios o tomar declaraciones a personas, entrevistas.
- b. Presentar documentos judiciales.
- c. Efectuar inspecciones, incautaciones, embargos preventivos.
- d. Examinar objetos, lugares.
- e. Facilitar información, elementos de prueba, peritaciones o experticias.

- f. Entregar documentos incluyendo documentos financieros.
- g. Identificar, localizar el producto del delito, es decir los bienes de ese origen.
- h. Cualquier otro tipo de asistencia.

Se consagra en el instrumento citado, unos eventos en los que puede haber denegación de la asistencia recíproca, en los siguientes casos:

Cuando el cumplimiento de la solicitud pueda menoscabar la seguridad nacional, el orden público o intereses fundamentales del Estado.

En el evento en el que el derecho interno lo prohíba.

Cumplir la solicitud sería contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido.

En todo caso, un Estado no puede denegar la solicitud de cooperación cuando se funda solamente en el secreto bancario o porque el acto se refiera a asuntos de carácter fiscal, circunstancias en las que el Estado está obligado a prestar la asistencia respectiva.

En nuestro país se ratificó la convención citada, por medio de la ley 800 de 2003, la cual entró en vigencia el 4 de septiembre de 2004.

- **La Cooperación Judicial en la Legislación interna colombiana.**

El fenómeno jurídico de la Cooperación judicial en nuestro país se basa, en primer lugar, en lo regulado en instrumentos internacionales vigentes, seguidamente por el Código de Procedimiento Penal, tema que se interpreta a partir del Bloque de Constitucionalidad que es el mecanismo diseñado en nuestra hermenéutica constitucional para aplicar normas de tratados internacionales de derechos humanos al mismo nivel jerárquico, jurídico y axiológico de los principios e instituciones consagradas en la Constitución Política, convenios integrados a la

sistemática superior en consideración al carácter prevalente y vinculante de los citados tratados internacionales.

Otros tratados y convenios internacionales que no están considerados como instrumentos derivados del bloque de constitucionalidad, abordan el tema de la persecución y represión del delito a nivel transnacional, como los reseñados sobre la asistencia internacional mutua y la extradición, que tienen origen y fines análogos, son aplicables en nuestro país siempre y cuando se encuentren vigentes en la legislación interna, es decir hayan sido incorporados a través de las leyes que los ratifican.

En el estatuto procesal penal colombiano se consagró un acápite relacionado con los parámetros que rigen la Cooperación Judicial, segmento que está dividido en tres capítulos: el primero relacionado con la cooperación en materia probatoria, el segundo regula la extradición y el tercero se ocupa de las sentencias extranjeras.

En relación con la Cooperación en materia probatoria rige el principio en doble vía, pues primeramente exige que los requerimientos de autoridades extranjeras deban cumplirse en el ámbito nacional, siempre que sean solicitados de conformidad con la Constitución Política y los tratados internacionales, especialmente en cuanto al desarrollo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

De igual manera, opera el citado principio para los jueces, fiscales y jefes de unidades de policía judicial colombianos quienes pueden solicitar a las autoridades extranjeras u organismos internacionales, cualquier tipo de elemento probatorio o la práctica de diligencias que resulten necesarias para un proceso que sea investigado o juzgado en nuestro país, con el deber de colaboración por parte de esas autoridades extranjeras.

En este evento, por mandato del art. 485 del CPP., la solicitud de asistencia deberá informar a la autoridad requerida los datos necesarios para su desarrollo, los hechos que motivan la actuación, el objeto, los elementos probatorios, las normas presuntamente violadas, la identidad y ubicación de las personas o bienes cuando ello sea necesario, las instrucciones que deben observarse y el término concedido para el diligenciamiento.

Ahora bien, el principio examinado implica la posibilidad en caso de delitos transnacionales o como los denomina la legislación colombiana, “delitos que revistan una dimensión internacional”⁴⁷, que la Fiscalía General de la Nación pueda crear una comisión internacional e interinstitucional, destinada a colaborar en la indagación o investigación respectiva, en todo caso se autoriza al Fiscal General de la Nación a celebrar con sus homólogos actos dirigidos a fortalecer la cooperación judicial, así como a intercambiar tecnología, experiencia, capacitación o cualquier otra actividad que tenga propósitos similares.

La norma en cita se traduce en un precepto muy genérico y de muy poca aplicación en nuestro país, dado que no es obligatorio para las autoridades judiciales colombianas como la Fiscalía General, implementar mecanismos adecuados suficientes y obligatorios en caso de delitos transnacionales: lo cual demuestra la poca regulación que sobre el particular existe en nuestra preceptiva legal y la urgencia de reglamentar el tema en cuestión.

Igual ocurre con relación a la extinción del derecho de dominio, comiso o cualquier otra medida que implique la pérdida o suspensión del poder dispositivo sobre bienes que haya sido declarado por autoridad extranjera, dado que lo regulado en las normas del estatuto procesal penal permiten ejecutar o hacer efectiva esa decisión en Colombia, pero no hay claridad sobre la regulación

⁴⁷ Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial No 45.657, de 31 de agosto de 2004. Art. 487.

detallada del tema en la sistemática procesal, ni el legislador se ocupó de determinar cómo se debe llevar a cabo esa ejecución, simplemente se limitó a consignar que la Fiscalía General de la Nación determinará si procede la medida solicitada y enviará al juez competente para que decida mediante sentencia.

Finalmente, sobre este aspecto probatorio, se dispuso que los testigos y peritos pueden ser solicitados por la autoridad y ante ese requerimiento debe agotarse la posibilidad de utilizar los medios técnicos posibles, tales como dispositivos de audio video u otro similar, quienes declararán en el juicio oral con sujeción a las disposiciones del estatuto procesal oral adversarial reglado en este código, es decir público, oral, concentrado, inmediado y contradictorio.

En materia probatoria y con ese objetivo, los fiscales o jueces podrán solicitar el traslado a territorio extranjero para la práctica de actuaciones de su competencia, previa autorización de las autoridades extranjeras legitimadas para otorgarla; en todo caso, dentro del ámbito de sus competencias, podrán requerir a los funcionarios diplomáticos o consulares de Colombia en el exterior para la obtención de materiales probatorios o la práctica de diligencias judiciales.

También se prevé la posibilidad de autorizar funcionarios judiciales extranjeros para la práctica de diligencias en el territorio nacional, bajo la autorización del Fiscal General de la Nación siempre y cuando se designe un fiscal delegado que ejerza labores de dirección y coordinación y se garantice la asistencia de un representante del ministerio público.

En lo relacionado con el fenómeno de la Extradición, tal como quedó consignado anteriormente, se refiere a la solicitud, concesión u ofrecimiento de nacionales, de acuerdo a los tratados internacionales, aclarando que aun cuando el delito se haya cometido en el exterior procede la extradición para colombianos por nacimiento y está prohibida por mandato constitucional por delitos políticos.

La extradición es un acto a través del cual un Estado solicita, ofrece o concede la entrega de una persona a otro Estado interesado, para los efectos del juzgamiento o la ejecución de una sentencia condenatoria contra él proferida; por ello se ha dicho, que puede ser activa o pasiva, la primera respecto del Estado que solicita la entrega y pasiva con relación al país que la niega o la concede.

Se encuentra fundamentada la extradición, en la necesidad de evitar la impunidad, frente al traslado a territorio nacional del justiciable a uno diferente de aquel donde se cometió el delito.

La extradición es un instrumento de colaboración o cooperación internacional en materia penal, que busca su mayor eficacia frente a delitos de naturaleza trasnacional y se traduce en una decisión del presidente adoptada después de la expedición de un trámite favorable judicial, breve y sumario a cargo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que no implica juzgamiento alguno en Colombia, decisión que no es vinculante para el ejecutivo y se orienta a permitir que la investigación o el juicio por una conducta punible o la ejecución de una sentencia condenatoria se lleve a cabo cuando el infractor se encuentre en territorio diferente al país donde cometió el delito⁴⁸.

El último aspecto que regula la legislación procesal interna en materia de cooperación judicial es la ejecución de sentencias penales dictadas por autoridades extranjeras, lo cual puede llevarse a cabo en nuestro país siempre y cuando medie solicitud formal de la respectiva autoridad extranjera, presentada por la vía diplomática.

Para la aplicación del anterior instituto están previstos los siguientes requisitos:

- a. Que la sentencia esté debidamente ejecutoriada o en firme conforme a las normas del país de origen.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-110 de febrero 20 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

- b. Que en Colombia no se haya formulado acusación ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales sobre los mismos hechos, salvo el evento del numeral 1º del art. 16 del Código Penal.
- c. Que no se oponga a Tratados internacionales suscritos por Colombia, a la Constitución o a las leyes de la República.
- d. Que a falta de Tratados el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos.

El trámite debe adelantarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad que remite la solicitud a la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial competente para decidir sobre la ejecución de la sentencia extranjera, partiendo del supuesto según el cual en nuestro país no habrá nuevo juzgamiento.

CONCLUSIONES

En primer lugar debe consignarse a manera de conclusión, que la categoría Delito Transnacional surge en el contexto internacional en forma progresiva y paralela al proceso de mundialización de las relaciones económicas, políticas y sociales de los países, esto es, coincide con el avance de la globalización junto al desarrollo de la revolución de la informática y de las comunicaciones, lo que ha permitido una nueva forma de interacción del hombre y su entorno a la que no ha sido ajena el delito, que modificó sus prácticas e instrumentos hasta extender los efectos más allá de los límites geográficos de los Estados, de ahí el carácter de Delito Transfronterizo o Transnacional.

Históricamente el delito transnacional encuentra su evolución durante el período de la guerra fría, que va desde la posguerra de la segunda guerra mundial hasta el derrumbamiento de la Unión Soviética, la política de la Perestroika y el Glasnot así como la guerra de Vietnam, época en la que aparecen sectores que se dedican a la búsqueda de mercados clandestinos para el comercio de productos ilegales mas allá de las fronteras de los Estados, como armas, contrabando de mercancías, estupefacientes, entre otros, practicas que se facilitan con el uso de la tecnología, la rápida movilidad de flujos económicos, la interconexión en tiempo presente, el comercio en diferentes lugares del mundo, el difícil rastreo del traslado de dineros, en general el carácter cosmopolita del hombre universalmente considerado.

El avance de esas prácticas dio lugar a poderosas organizaciones criminales caracterizadas por sus estructuras jerarquizadas, que en su acción criminal causan enorme lesión a intereses básicos de los Estados, entre ellos: la administración de justicia, la economía, la seguridad pública, el orden económico

social, etc., todo lo cual generó una transformación del derecho punitivo tradicional dando lugar a una nueva racionalidad del sistema penal frente a la clásica forma de respuesta al delito, para unificar esfuerzos con el fin de la perseguir el crimen organizado, la criminalidad económica, la Macrocriminalidad, en últimas su producto económico.

Las citadas categorías dieron lugar a la suscripción de instrumentos internacionales como La Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo del año 2000 contra el crimen organizado, diseñadas por las Naciones Unidas frente al avance del crimen organizado, estructurando un Derecho Penal Transnacional cuyas fuentes se van depurando en convenios y tratados internacionales para que los Estados adapten su legislación a esas previsiones, normatividad que se diferencia del Derecho Penal Internacional hoy en día establecido en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

En nuestro país la década de los años ochenta estuvo marcada por el auge e influencia de las organizaciones dedicadas al narcotráfico, verdaderas estructuras de crimen organizado que desafiaron al Estado con un enorme poder económico, permearon a través del soborno y la corrupción servidores públicos de todos los niveles, intimidaron la sociedad a través del terrorismo y el asesinato a gran escala, cuyos efectos hoy en día se reflejan en los fenómenos de paramilitarismo, parapoltica, narcoguerrilla y similares, que crearon una clase emergente y una verdadera contracultura en la sociedad colombiana.

Por disposiciones de Estado de Excepción se crea el delito de testaferrato como una modalidad específica de receptación junto al lavado de activos o blanqueo de capitales y enriquecimiento ilícito de particulares, como una conducta autónoma y de ejecución permanente, independiente del delito fuente o delito base, que buscó perseguir el producto económico derivado de actividades de narcotráfico y conexos, sancionando a quienes se presten para aparecer como propietarios de

bienes que en realidad camuflan u ocultan a los que los obtienen con el producto de narcotráfico, secuestro, extorsión y conexos, conducta incorporada definitivamente a la legislación ordinaria con el carácter de delito pluriofensivo frente al orden económico social, seguridad pública, administración de justicia, al lado de la extinción de dominio, el comiso, la suspensión del poder dispositivo y demás figuras que persiguen el producto económico del crimen organizado en nuestro país.

A manera de recomendación señalar, que la legislación colombiana debe implementar instrumentos penales que pongan en práctica el amplio contenido normativo del derecho trasnacional plasmado en tratados convenios y acuerdos internacionales para perseguir el crimen organizado en sus múltiples formas.

Muchas de esas modalidades ejecutadas en nuestro país, como el tráfico de inmigrantes, trata de personas, prostitución infantil, redes de narcotráfico, lavado de activos, tráfico de armas, terrorismo, etc., para lo cual se debe implementar unidades especiales de policía judicial, fiscalía, jueces y tribunales que compartan la información en tiempo presente con los demás países afectados con estas actividades, poniendo en práctica los lineamientos de la Cooperación Judicial internacional más allá de las mínimas normas que el ordenamiento jurídico colombiano prevé en tal sentido, adaptando la legislación sustancial a la gravedad de estos delitos al crear el Delito Transnacional en nuestra sistemática punitiva, que responda a los lineamientos trazados por la comunidad internacional frente al crimen organizado.

Como quiera que el delito de testaferrato se traduce en una variable del producto económico de organizaciones criminales, debe extenderse a otras conductas fuente o base y mediante las técnicas de investigación existentes en la legislación procesal penal incautar el producto económico del mismo, a través de una regulación que guarde coherencia con una reforma que responda a la

modificación e implementación del delito transnacional en nuestro país, en el que se adapte la legislación procesal en cuanto a los términos, la recolección de elementos materiales de prueba, la obtención pronta de pruebas en el extranjero, la información electrónica compartida con otras naciones entre otros, que permita una respuesta moderna del derecho penal frente a la actividad de las organizaciones criminales, que produce gran lesividad a intereses jurídicos protegidos por el derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA, Ricardo. Programa y manual uniforme para la prevención del lavado de dinero en América Latina. Bogotá: Editorial Leyer, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial. Bogotá: Editorial Civitas, 1978.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. Nuevo Sistema Penal. Editorial Trotta, 2004.

CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de Enriquecimiento Ilícito. 4ª Ed. Bogotá: Editorial. Leyer, 2002

CAPARROS, Fabián Ángel. Programa de entrenamiento contra el lavado de activos para jueces y fiscales. Bogotá, 2004.

CÓRDOBA TRIVINO, Jaime. Derecho Penal Internacional. Bogotá: Editorial Jurídicas Ibáñez, 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de diciembre 19 de 2001. Radicado No. 14658. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-110 de febrero 20 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001.M.P. Rodrigo Escobar Gil

Decreto 1856 de agosto 18 de 1989. “Por el cual se toman medidas encaminadas al restablecimiento del orden público”.

Decreto 100 de 1980. “Por el cual se expide el Nuevo Código Penal”. En: Diario Oficial No 35.461 de 20 de febrero de 1980.

DEL OLMO, Rosa. Narcotráfico en Latinoamérica. Editorial Jurídica Venezuela, 1995.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO. España: Editorial Espasa, 2004.

DONNA, Edgar Alberto. Derecho Penal parte especial. Tomo III. Argentina. Editorial Rubinzol Culzoni, 2005.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

HANS JORG, Albretch. Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001.

HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A. Los delitos económicos en la actividad financiera. 3ªEd. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

GALTUNG, Johan. Hay alternativas, cuatro caminos hacia la paz y la seguridad. Madrid: Editorial Tecnos, 1984

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. 3º Tomo. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2001.

Ley 599 de 2000. "Por la cual se expide el Código Penal". En: Diario Oficial No 44097 del 24 de julio de 2000.

Ley 813 de 2003. "Por medio del cual se deroga, adicionan y modifican algunos artículos de Ley 599 de 2000". En: Diario Oficial No 45.237 de 3 de julio de 2003.

Ley 890 de 2004. "Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal". En: Diario Oficia No 45.602, de 7 de julio de 2004

Ley 906 de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". En: Diario Oficial No 45.657, de 31 de agosto de 2004.

MADRID MAYOR, Edgar. La realidad de la Corte en sus fallos. Bogotá:Editorial Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

MIRANDA G., Rafael. Delitos contra el orden económico. Editorial: Pannedille, 1970.

MONTEVERDE AGUILAR, Alonso. Globalización y capitalismo. México: Editorial Plaza y Janés, 2002.

MORALES MARÍN, Gustavo. Globalización, derecho y cultura judicial Penal. Encuentro de fiscales y procuradores generales de Iberoamérica, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de ley orgánica del Código Penal. En: Revista Colegio de Abogado del Valle No. 1, 1987.

NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de Noviembre de 2000. Consultado el [may 13. 2010]. Disponible en <www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf>

NACIONES UNIDAS. Convención de Viena de 1988. Aprobada por la conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988. Viena, Austria.

OSORIO, Luis Camilo y MORALES, Marín. Derecho Procesal Penal. Editorial Thompson Aranzadi, 2005.

PATIÑO VILLA, Carlos Alberto. Posguerra fría acercamiento histórico y político. Bogotá: Universidad Nacional, 2006.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal partes general y especial. Bogotá: Ed. Temis, 1986.

ROXIN, Claus. La Teoría del delito en la discusión actual. Lima: Editorial Grigley, 2007.

RUIZ YEPES, Luz América. El delito de Testaferrato. Bogotá: Editorial Leyer, 2002.

SANDOVAL MESA, Jairo Alberto. Dos ensayos sobre crimen transnacional. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2007.

THOUMI, Francisco. Drogas Ilícitas en Colombia. Su impacto económico, político y social. Bogotá: Editorial Planeta, 1997.

TOKATLIAN, Juan. Narcotráfico en Colombia. Bogotá: Unidades. Tercer Mundo, 1990.

VIRGOLINI, Julio. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Buenos Aires Argentina: Editorial De palma, 2001.

<http://es.wikipedia.org/wiki/perestroika>

www.articuloz.com/.../criminalidad-organizada-transnacional-1080342.html

www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/tex11.html