

**EL DELITO DE CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS
“UN EVENTO DE EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL”**

**PROYECTO DE INVESTIGACION PARA
GRADO DE MAGISTER**

HUGO RODOLFO ZAMUDIO GONZALEZ

Presentado al HONORABLE JURADO DE TESIS

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
Bogotá D.C, Noviembre de 2014**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I	
I. LÍMITES A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO	8
1.1 Fines del Derecho Penal	10
1.2 Derecho Penal y el Control Social que despliega	12
1.3 Algunos Principios Reguladores del Derecho Penal	14
1.3.1 Principio de proporcionalidad	15
1.3.2 Principio de la Confianza Legítima	18
1.3.3 Principio de la última ratio o de intervención mínima	21
1.3.4. Principio de fragmentariedad	24
1.35. Principio de subsidiaridad	26
1.3.6 Bloque de Constitucionalidad Artículo 93 de la Carta Magna	27
1.4 El Fenómeno Del Expansionismo del Derecho Penal	28
CAPITULO II	
II. EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS EN COLOMBIA	31
2.1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA	31

2.1.1	Código de 1936 y Código de 1980 (Decreto 100 de 1980)	31
2.1.2	Decretos 2920, 3227 de 1982 y 1981 de 1988	32
2.1.3	Código de 2000 Ley 599 de 2000	36
2.2	Decretos Dictados Por Diferentes Ministerios Con Respecto a La Captación Masiva y Habitual de Dineros Dentro Del Estado de Emergencia Social del Año 2008	36
2.2.1	Decreto 4333 de 2008	37
2.2.2	Decreto 4334 de 2008	38
2.2.3	Decreto 4335 de 2008	38
2.2.4	Decreto 4336 de 2008	39
2.2.5	ANALISIS DE LA MODIFICACION REALIZADA AL ART. 316 DEL C.P. Y CREACIÓN DEL ART.316 A.	40

CAPITULO III

III.	ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO PENAL DE CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS	42
3.1	Sujetos	42
3.1.1	Activo	42
3.1.2	Pasivo	42
3.2	Conducta	43
3.3	Bien Jurídico Tutelado	45
3.4	ACTUACION DE LAS CAPTADORAS CON APARIENCIA DE LEGALIDAD	48
3.4.1	El Desarrollo Desmedido de las Captadoras en Colombia	48

3.4.2 Las razones ocultas de la justificación de la Tipificación Penal	50
3.4.3 Eficientes y fortalecimiento de las sanciones administrativas	52
3.4.3.1 El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero	52
3.4.3.2 El Derecho Administrativo Sancionador	53
A MANERA DE CONCLUSIÓN	56
BIBLIOGRAFIA	61

EL DELITO DE CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS “UN EVENTO DE EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL”

“Se trata de castigar menos para castigar mejor, porque una violencia punitiva excesiva no es un antídoto, sino el mecanismo de aceleración y contagio del envenenamiento.”

Eligio Resta, La certeza y la esperanza.
Ensayo sobre el derecho y la violencia. 1995.

INTRODUCCIÓN.

El delito de la captación masiva y habitual de dineros lejos de ser un tema eminentemente jurídico, abordado exclusivamente por los juristas y por aquellas instituciones que manejan la política criminal y financiera del Estado, se ha puesto en boca de toda la sociedad colombiana en la actualidad, por cuanto este trae consigo aspectos que afectan ineluctablemente a toda la economía Nacional. Ciertamente es que la anterior consideración y reflexión se debe a la problemática que perturbó a Colombia en los años 2008 y 2009, y aún hoy en día, con las famosas y tristemente celebres pirámides o captadoras de dinero, que ofrecían exorbitantes ganancias a sus ahorradores en un muy corto tiempo de inversión; pero, que en su constitución, aportes, funcionamiento interno, movimiento económico e inversiones, utilidades y demás, no era muy claro para los organismos del gobierno central y de control, los que llegaron “rápidamente” a la conclusión, que esta actividad traía consigo matices ilegales que se adentraron en la circunscripción penal.

Sin embargo, esa supuesta respuesta pública diligente para evitar el nacimiento y desarrollo de las captadoras de dinero se dio de manera tardía, pues quedó en el ambiente colectivo, la impresión que el Estado falló en los sistemas de control primigenios, ya que el organismo competente del Estado, la Superintendencia Financiera, no intervino administrativamente a tiempo para clausurarlas e impedir que crecieran; ello parece estar confirmado por cuanto los liquidadores de esas empresas intervenidas, que nombro el Gobierno Nacional, no pudieron recuperar la totalidad del dinero que invirtieron en ellas los afectados. Adviértase, que la respuesta eficaz del Estado ante este fenómeno delictivo fue aumentar las penas y

crear o modificar otros tipos penales a los ya existentes; dicha “política criminal”¹ raya con la tesis del Derecho penal mínimo que se viene defendiendo en algunos círculos académicos, y se enfila en la tendencia mundial del expansionismo del Derecho penal.

De aquí nace el interés por esta investigación , el cual ha sido concentrado en el tema eminentemente jurídico, dejando a un lado cualquier debate argumentativo, que atraiga razonamientos económicos, sociales y políticos. Por tal motivo se hizo necesario plantear la pregunta de investigación : *¿EL DELITO DE CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS EN COLOMBIA ES UN EVENTO DE UN DERECHO PENAL EXPANSIVO?*

En este trabajo se pretende demostrar que la tipificación en la legislación penal de la Captación Masiva y Habitual de Dineros, traspasa indebidamente los límites del poder Punitivo a que está sometido Colombia como Estado Social y democrático de derecho y que por ende la existencia del tipo penal descrito en el artículo 316 del Código Penal Colombiano es un claro modelo de un derecho penal expansivo. Que la forma de la conducta de Captación Masiva Y Habitual de Dineros desconoce principios como los de última ratio, confianza legítima, legalidad, necesidad, proporcionalidad, fragmentariedad y subsidiariedad.

Estas disgregaciones me han conducido a hablar del “expansionismo del derecho penal”² en el delito de captación masiva y habitual de dineros. Y para aproximarnos a tales conceptos, es fundamental entender cuáles son los límites que tiene el Estado frente a su poder punitivo; puesto que con ellos, se garantiza que esta prerrogativa pública no sea desbordante y arbitraria en su aplicación. Las demarcaciones a la potestad sancionatoria, han sido concebidas como exigencias del Derecho penal clásico, el cual trajo consigo el respeto por los derechos

¹ Entendida esta por nuestro ente Fiscal como “uno de los pilares del Derecho penal. Junto a la sociología criminal, la criminología y la psicología forense entre otras, conforman la ciencia penal integradora, cuyo principal objeto es analizar el fenómeno criminal como un acontecimiento complejo, que precisa de un análisis multidisciplinar en su valoración, tratamiento, formulación de soluciones y medidas de prevención.” COLOMBIA. Fiscalía General de la Nación. Perspectiva de Política criminal. Construyendo un derecho garantista. Bogotá D.C.: Revista Perspectiva de Política Criminal. Nov 2008.

² En líneas generales, el expansionismo del derecho penal (Silva Sánchez Jesús María. La expansión del derecho penal. 2001. Editorial Civitas. P 20) es definido como la tipificación penal de nuevas conductas que deben tener un tratamiento más gravoso para quien las comete, a diferencia del derecho penal mínimo que (Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p 96.) que defiende imponer unos límites al derecho y penalizar las conductas verdaderamente perjudiciales para la colectividad.

fundamentales del ciudadano y la mínima intervención del Derecho penal en las libertades del individuo.

Entonces, resulta que el tema escogido, tiene serias implicaciones en la política criminal del Estado como en las libertades del individuo, lo cual genera debate hoy en el mundo, en especial lo relacionado con los nuevos delitos que surgen en la delincuencia internacional, y que finalmente son llevados a la propia discusión interna.

Así las cosas, en el capítulo primero entro a precisar qué es la potestad punitiva del Estado, cuáles son los fines del derecho penal y el control que este y otras medidas se ejercen en la sociedad, así como los límites del derecho punitivo del Estado y menciono someramente solo como referente los principios legales y constitucionales que hacen parte de estas demarcaciones y que se hacen necesarios tratar de acuerdo al tipo penal en estudio; y no tan apartado de lo anterior, se analiza el artículo 93 de la Constitución política también como limitante, para finalizar con el fenómeno del expansionismo en el Derecho punitivo.

En este último apartado, surge la confrontación entre el expansionismo del Derecho penal y los derechos de los ciudadanos, en donde el primero es una nueva visión del derecho y los segundos son una conquista del Derecho Penal clásico.

En el capítulo siguiente examino la antijuridicidad de la captación masiva y habitual de dineros, en lo que atañe a sus orígenes normativos penales, comenzando con el Código de 1936, los decretos 100 de 1980 y 2920 de 1982 y la ley 599 de 2000, también se abordan a nivel de antecedente las regulaciones normativas afines a la materia como los decretos 1981 de 1988; para seguir con las regulaciones expedidas por los diferentes Ministerios en vigencia de la emergencia económica que sorteo el gobierno a finales del año 2008 y cerrando este capítulo el análisis a la modificación que se le hiciera al tipo penal en estudio.

Ya en el tercer y último y como complemento del anterior capítulo, se hace un estudio dogmático de los elementos del tipo, además del contenido del injusto de la conducta, del objeto de protección del bien jurídico que busca tutelar el legislador, para en estos puntos efectuar el abordaje del problema de investigación, es decir si dicho bien es necesario protegerlo con el Derecho Penal o si existen otros medios coercitivos administrativos como los que regulan la actividad bancaria frente al Estado y los particulares, que controlan la captación masiva y habitual de dineros y

que hace por ende que se genere una reacción menos violenta por parte del Estado que acudir al Derecho Penal.

Finalmente, concluyo con una propuesta de una modificación típica de la conducta de captación masiva y habitual de dineros, criticando la necesidad o justificación de la tipificación penal, por unas eficientes y fuertes sanciones administrativas.

De acuerdo al tipo de investigación propuesto utilicé los datos, obtenidos de la legislación exterior y la colombiana, la jurisprudencia nacional y los debates que se han realizado en el extranjero, los cuales trataron el tema del expansionismo del Derecho penal frente al principio de intervención mínima. Lo anterior me indicó, que para realizar un trabajo exitoso, es preciso construir un esquema ajustado a las necesidades, para esto escogí: El diseño bibliográfico, porque los datos empleados fueron recolectados y consignados a nivel legislativo nuestro; haciendo mas fácil su procesamiento para compararlos con los distintos pronunciamientos de nuestras altas Cortes e instituciones; y así, proceder a estudiar estos argumentos del derecho comparado, con nuestro ordenamiento constitucional. Estos datos secundarios obtenidos del ámbito jurídico colombiano, los analicé, sistematicé, interpreté y comparé de acuerdo a nuestro contexto Constitucional y a los principios del Derecho penal, lo que dio como resultado los tres capítulos que describí anteriormente y que contienen mi trabajo realizado por más de dos años.

Así que no me queda otra cosa que dar gracias a todas aquellas personas que hicieron posible la elaboración de este trabajo, a mi director de tesis por aconsejarme y guiarme sabia y pacientemente en el desarrollo del mismo, a los jurados designados por ayudarme con sus observaciones a hacer los ajustes pertinentes para alcanzar la excelsitud en el mismo y a mi familia por ser ese apoyo incondicional siempre, gracias a todos.

EL AUTOR.

Noviembre de 2014.

I. LÍMITES A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.

En Colombia la autoridad punitiva que tiene el Estado se fundamenta en el Artículo 150, numeral 2 de la Constitución Política. Dicha norma Superior le confiere al legislador, el mandato de formular las directrices penales que rigen para los habitantes de este territorio, mediante la expedición de códigos o leyes, que incluyen la posibilidad de crear, modificar o derogar tipos penales, establecer las distintas modalidades de penas y medidas de seguridad, y todos aquellos preceptos que presiden y encierran el derecho penal y su procedimiento. Dicha potestad es exclusiva del Estado y no puede radicar en cabeza de ningún particular, persona jurídica privada, institución, organismo o rama del poder público que no esté conferida para ello.

Adviértase, que dicha supremacía del Estado para remitir normas penales descansa en dos órganos del poder público, el Congreso, quien es el llamado por naturaleza a realizar esa labor, de acuerdo al artículo 114, en concordancia con el 150 del Estatuto Superior, pues a esta corporación representativa del pueblo le corresponde hacer las leyes, entre las que figuran aquellas que tienen que ver con el ámbito penal y su procedimiento; en ese sentido la jurisprudencia ha indicado que dicha capacidad ordinaria del legislador es vasta, extensa “(*libertad de configuración legislativa*), para precisar y señalar “*cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos...*” *Sentencia C-038 de 1995(Ref: Expediente Demanda N° D-658,M.S. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá D.C. Nueve (09) de Febrero de 1995).*

Junto al congreso, pero con facultades extraordinarias (Num 10 del Art 150 de la C Pol), el Presidente de la República puede ostentar ese poder transitorio (hasta por seis meses), para dictar preceptos en donde tipifique nuevas conductas o modifique los tipos penales vigentes que protejan cualquier bien jurídico, siempre y cuando tengan alguna relación con la protección de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; estos tres casos, deben ir ligados con el tipo penal establecido o variado, porque si no, son declarados inexecutable, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Con respecto, a esta autoridad conferida al gobierno Nacional de expedir leyes, el máximo Tribunal constitucional manifestó que la facultad extraordinaria de penalizar conductas o variar las ya tipificadas, tiene como limitante que las leyes

creadoras o modificadoras de tipos penales, deben tener una relación con *“la protección de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.”*³ Lo que no le impide al ejecutivo, amparar otros bienes jurídicos, lo cuales deben guardar una estrecha y vertical relación con los tres supuestos definidos constitucionalmente y mencionados en anteriores renglones, ya que si no guardan un vínculo directo, la penalización de cualquier ilícito es reservada exclusivamente al Congreso de la República.

Debe dejarse claro que la potestad punitiva o “*ius puniendi*” del Estado no es más que esa facultad que corresponde a un determinado sujeto de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos, esta la posee exclusivamente un Estado para castigar penalmente a quien infrinja la norma penal, es una potestad que tienen todos los Estados para expedir su ley penal, y en base a ella sancionar al infractor de la ley penal y va dirigido imperativamente a la generalidad de los coasociados con la indicación de los tipos de acción y omisión y con la amenaza de una sanción en caso de contrariar ese mandato.

Y es que el Derecho penal, le concierne al Estado para tutelar los bienes de la sociedad, lo que exige que las conductas más graves o que afecten bienes jurídicos muy apreciables sean penalizadas, pues esta *“requiere que sean perseguidas y sancionadas aquellas conductas que la afectan colectivamente, bien por atentar contra bienes jurídicos estimados valiosos, ya por causar daño a los derechos de los asociados.”*⁴ *“(…) el Estado, como titular del ius puniendi, es el llamado a fijar los lineamientos de la política que en materia criminal ha de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, tomando como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución.”*⁵

Para completar lo anterior, la facultad punitiva del Estado es el género pues en su interior contiene otras clases de disciplinas que hacen parte de esta y la complementan en su tarea, como el derecho de las contravenciones, el penal, el

³ Corte Constitucional. Colombiana. Sentencia C-939/02. Referencia: expediente R.E 119. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de 2002.

⁴ Corte Constitucional. Colombiana. Sentencia C-157/97. Referencia: Expediente D-1434 Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de 1997.

⁵ Corte Constitucional. Colombiana. Sentencia C-762/02. Referencia: expediente D-3972. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de 2002.

disciplinario, el penitenciario y el de la penalidad por indecencia política, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional *"el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment."*⁶

En este contexto debo subrayar, que la potestad punitiva del Estado es guiada por principios, los cuales se encuentran condensados en los distintos códigos, como el de procedimiento y el penal y de los cuales haremos referencia de algunos dentro del presente trabajo.

1.1 Fines del Derecho penal

El profesor Jesús María Sánchez Silva señala que el Derecho penal ha germinado esencialmente de exigencias de política criminal, que es *"la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad."*⁷ En el mismo sentido, pero de manera más clara y concisa, la jurisprudencia colombiana y la doctrina, le han atribuido puntuales fines que se persiguen y esperan con el Derecho penal, no habiendo discusión alguna sobre el tema y son los siguientes: Una función preventiva, la protección de los bienes jurídicos, y una función resocializadora de quien es condenado. Con la primera situación, se le envía un mensaje muy específico a todo el conglomerado social, para que eviten cometer una de las conductas tipificadas como delitos, pues tendrán una sanción penal; es decir, si matan, hurtan, cometen peculado, etc., el Estado los investigará, juzgará y castigará punitivamente. El siguiente fin va de la mano con el anterior, pues al evitar que el colectivo cometa delitos, se resguardan los bienes de las personas naturales y jurídicas, como la vida, la honra, el patrimonio y demás; el tercer fin es dirigido a quien ejecutó el ilícito, ya que con su condena se busca que esta persona se resocialize y no vuelva a causar ningún daño a la sociedad.

⁶ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-406/04. Referencia: expediente D-4874. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de 2004.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal y nuevo derecho penal. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997. p 19.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias oportunidades han señalado que con la potestad de punir se resguarda el orden social colectivo, con varios fines como lo sostiene este autor: *“En últimas, allí radica el fundamento para que hoy al derecho penal se le desvincule de fines retributivos; se le reconozca un fin de resocialización moderado para que no interfiera la autonomía ética de la persona y se le atribuya un fin de prevención general ligado a la protección de los bienes jurídicos.”*⁸

Al hablar del cometido del Derecho penal, hay varios autores que han sentado sus posiciones y tratan de explicar de una manera profunda los objetivos que se logran con el derecho punitivo del Estado; y es así como tenemos a tratadistas como “PEREZ, ORLANDO ALVARO”⁹ quienes hacen su propia clasificación, y a SCHUNEMANN, SCHUMANN, ROXIN y el profesor ALCÁCER GUIRAO.

Estos últimos escritores encierran y exponen los fines del Derecho penal, en lo que se denomina las teorías de la prevención general positiva, la cual está dividida en tres versiones: El fin ético- social; el de integración y el de la protección de la vigencia normativa. En la primera, la misión del Derecho penal es moralizante y formativa, pues permite reafirmar la moral y endurecer e interiorizar los valores descritos en los preceptos jurídico-penales, en la razón de cada habitante. Sus principales exponente WELZEL y CEREZO MIR sostienen que el objetivo principal del derecho punitivo radica en *“proteger los valores elementales de la vida de la comunidad”*¹⁰

Por otro lado, el fin de integración social opera en el plano subconsciente, se fortalece el súper yo, y busca evitar que la colectividad tome venganza, afianzando la conciencia jurídica y la paz social que se vio interrumpida por el ilícito. En este

⁸ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La legitimidad del derecho penal: Equilibrio entre fines funciones y consecuencias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p 123. Y MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, parte general. Valencia: Tiran lo Blanch. 1996. 2 ed. T I. p 50. En las siguientes sentencias de la Corte Constitucional también se habla de dichos fines: Sentencia C-616/02. Referencia: expediente D-3860. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de 2002. Sentencia C-144/97. Referencia: Expediente L.A.T.-084. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de 1997.

⁹ La doctrina establece sus propias finalidades del derecho penal como la del tratadista Álvaro Orlando Pérez Pinzón en su libro Introducción al Derecho Penal, 2 ed. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, 1992. p 45 a 55, que las clasifica desde dos perspectivas: “finalidades genéricas y concretas del derecho: Las primeras se dividen en: orientación social, tratamiento de los conflictos declarados y legitimación del poder; y las segundas, se fraccionan en tutela jurídica, defensa social, creación y mantenimiento de la paz, protección de valores fundamentales, el derecho como defensor del Estado, garantía de libertad, organizador y propulsor, mecanismo de control y la defensa del débil.

¹⁰ En: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado, 2004. p 52.

sentido, el profesor ALCÁCER explica: *“En suma, según esta comprensión la pena opera como un mecanismo de integración y cohesión afectiva de la comunidad, que se produce a través de satisfacción de deseos irracionales de venganza colectiva por medio del castigo.”* La tercera misión del Derecho penal, el de la protección de la vigencia de la norma, deja a un lado los bienes jurídicos y protege la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas jurídicas; su principal exponente JAKOBS quien manifiesta: *“prevención general, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena.”*¹¹

Y por último, al explicar los fines del Derecho penal tenemos la teoría de la prevención general negativa cuyo principal exponente es FEUERBACH, este supuesto es eminentemente una teoría de conminación penal, cuyo fin es exclusivamente la prevención de acciones futuras, pues la pena se aplica cabalmente para servir como refuerzo destinado a confirmar o asegurar la seriedad de la amenaza, se basa en amedrentar, señalando que las coacciones se cumplen en caso de la comisión de un delito, el pensamiento del autor es que *“concibe la pena no como un medio destinado a obtener un efecto psico-social inmediatamente “positivo”, sino como un mecanismo meramente disuador de la realización de conductas, basado la intimidación bajo la amenaza de pena, en la “coacción psicológica, tal como la denominara su creador.”*¹²

1.2 Derecho penal y despliegue del Control social

El Derecho Penal como rama del derecho público que describe las infracciones y señala las sanciones correspondientes, tiene como finalidad la protección del interés o bien individual o colectivo descrito, constituye así el objeto jurídico del delito y genera la acción penal que además es pública y corresponde exclusivamente al Estado; el mencionado derecho *“surge por necesidad ineluctable de la vida en sociedad.”*¹³ Y lo podemos definir de la siguiente manera *“El Derecho penal es el*

¹¹ Ibídem. p 94.

¹² Citado por ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado, 2004. p 135.

¹³ GRAMATICA, Filippo. Principios de Derecho penal subjetivo. Madrid: Editorial Reus, 2003. p 10.

conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen de la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes lo cometen.”¹⁴

Convirtiéndose en un instrumento o un medio enfocado a codificar la convivencia de la colectividad, pues este, *“forma parte de un sistema de control mucho más amplio que a su vez engloba instrumentos formales e informales, y que se caracteriza, en su conjunto, por la utilización de la violencia en la protección de determinados intereses.*”¹⁵ Es así, que una vez que un colectivo de hombres racionales y civilizados han decidido autorizar el castigo contra los transgresores del orden predeterminado jurídicamente, dándole la potestad punitiva al Estado, esa misma sociedad queda moralmente obligada a dar todos los pasos y a arbitrar todas las medidas imaginables para que el castigo, primero, recaiga en la justa proporción inequívocamente en el culpable y, en segundo lugar -y quizá más importante aún-, que el derecho minimice al máximo la posibilidad de castigar un inocente.

Pérez Pinzón, le da al derecho penal la facultad de ejercer un control social, siempre y cuando este sea entendido como un rol que aplica con precedencia al comienzo de los conflictos, pues señala: *“Si lo concebimos como conjunto de medios planificados por el poder político o por la sociedad con antelación al nacimiento de los problemas para dirigir –bien o mal- a los coasociados, sí podemos decir que el derecho penal cumple un rol. El derecho penal, desde esta última óptica, buscaría ejecutar las tareas encomendadas por el detentador del control y entonces se preocuparía, v gr., por mantener el Estado o proteger la libertad ciudadana.*”¹⁶ Pero, el control social por parte del Derecho penal en la sociedad no es el único, pues en la colectividad hay instrumentos no formalizados jurídicamente y menos invasivos de la libertad y de los derechos fundamentales, como la educación en la familia y en la escuela, y las normas éticas, morales y religiosas que tiene toda sociedad. Entonces, el Derecho penal es *“el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables a la sociedad.*”¹⁷

¹⁴ PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del derecho Penal. Bogotá: Gustavo Ibáñez - Universidad Santo Tomás, 2005. 244 p.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal, 2 ed. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, 1992. p 53 – 54.

¹⁷ PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José. Op Cit., p 20.

Paralelamente a esas obligaciones de los coasociados, el Derecho penal ejerce una intervención en toda la sociedad, *“En cuanto a la ley penal –como las demás leyes- está hecha para ser conocida y respetada por los integrantes del grupo social...”*¹⁸; compeliendo a cumplir la ley penal, y con ello ejercer una prevención general - control social- sobre todas las personas. En este momento, es preciso detenerse para señalar que hay dos tipos de prevenciones en el Derecho penal, uno general dirigido al conglomerado social, con el cual se los amedrenta y se les advierte que se abstenga de cometer un ilícito; y otro especial orientado al delincuente quien ha hecho caso omiso de tal intimidación y amenaza, y por ello se hace merecedor de una sanción, que debe ser orientada para la rehabilitación y resocialización del sentenciado, pues: *“Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente, o por lo menos su aseguramiento.”*¹⁹

Es así, como el Derecho penal es dirigido a todo el conglomerado, ejerciendo un apremio para todas las personas de la sociedad en su comportamiento, con sus respectivas excepciones, pues hay quienes sostienen que los receptores del Derecho penal son solamente los “sujetos capaces”; es decir, excluyendo a los menores de edad y a los inimputables, los cuales no son cobijados por el precepto jurídico porque no son capaces de acatamiento. A contrario sensu, otra posición que señala que la ley penal debe dirigirse para todas las personas, tanto los imputables y los inimputables, pues *“los mandatos legales se dirigen a todos los coasociados, cualquiera su edad, sexo, condición síquica o grado de civilización”*²⁰

1.3 Algunos Principios Reguladores del Derecho penal

En un Estado en donde el Ius Puniendi es ilimitado inexorablemente se cruzan las fronteras hacia un Estado autoritario, pues las libertades básicas de los ciudadanos pueden transgredirse fácilmente en aras de una justicia aparente. Lo que en la práctica significa la anterior apreciación, es que el Estado Legislador (sea el Congreso o el Gobierno con las facultades extraordinarias) no tiene una discrecionalidad absoluta y arbitraria para definir las conductas punibles y

¹⁸ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. 11 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2002. P 47.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, parte general. Valencia: Tiran lo Blanch. 1996. 2 ed. T I. p 50.

²⁰ Son de esta tesis Grispigni Filippo, Antolisei Francesco y Maggiore Giuseppe. En: REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. 11 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2002. 48 p.

establecer los procedimientos mediante los cuales tiene lugar su investigación y juzgamiento; ya que - en ejercicio de dicha facultad - debe respetar los valores, principios, y derechos constitucionales y legales, que aparecen como fundamento y límite del poder punitivo del Estado; debe tener el valor de la persona humana como límite esencial del poder punitivo, que imposibilita que el ser humano sea maltratado por el aparato penal. Si ello no se pudiera impedir, el Estado inutiliza su legitimidad y se coloca al mismo nivel de quienes perturban el orden institucional, que se dice reprimir.

Estas demarcaciones esenciales al poder punitivo del Estado se encuentran en los mismos Códigos penal y de procedimiento, ya que allí se consignan y protegen los derechos fundamentales, los cuales deben ser afectados lo menos posible por el ejercicio de la acción penal; ya que únicamente el manejo equilibrado, equitativo, razonable y contenido de la facultad de castigar penalmente, reservada a salvaguardar los derechos y libertades de las personas, es concurrente y cumplidor con los valores y fines del ordenamiento jurídico colombiano.

Así pues, a manera de referente de los principios condensados en las leyes y por igual consignamos aquellos límites a la facultad punitiva que tiene el Estado, que no los encontramos expresamente en la Constitución Política de Colombia, ni en sus leyes, pero que durante décadas han sido consolidados por la doctrina y la jurisprudencia y que considero más relevantes para contestar el interrogante planteado al inicio de este trabajo traigo a colación los que ineluctablemente tienen que ver con el injusto tratado en el presente escrito.

1.3.1 Principio de proporcionalidad

Este principio se encuentra descrito en el artículo 3 del Código penal al consagrarse como uno de los principios de las sanciones penales, y tiene que ver con la simetría, el equilibrio, la compensación que debe reinar en toda la actividad Estatal, al buscar asegurar que el poder punitivo, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. La Corte Constitucional ha sostenido que esta orientación no la encontramos positivada de manera expresa en la Carta Política, y ha definido este mandato desde un punto de vista abstracto como un precepto de relación, en donde su empleo persigue enfrentar niveladamente dos dimensiones, que en este caso son el delito y la pena a imponer, ya que *“El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos*

*pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.”*²¹

El principio en el Derecho penal emerge cuando el Estado con su poder punitivo decide castigar, una acción u omisión que a todas luces está afectando al conglomerado social de manera grave y que no ha podido ser contenida con otra disciplina del derecho, o con una medida administrativa, policiva o social. Por consiguiente, la proporcionalidad se erige al tipificarse una conducta como delito, y establecerse su respectiva sanción, pues la última debe ser consecuente con la gravedad de la transgresión y evitar su desproporción o disminución en la pena, debe haber una correspondencia entre el precepto y la sanción las cuales se encuentran íntimamente relacionadas entre si. En estricto sentido, Gimeno Sendra sobre este postulado anota *“Trátase de la búsqueda de equilibrio entre los derechos fundamentales del ciudadano que resultan afectados con la medida restrictiva, y el interés estatal que requiere ser protegido. Si el sacrificio de aquéllos resulta excesivo, la medida es inadmisibile y, por tanto, improcedente.”*²² Para MUÑOZ CONDE el principio de proporcionalidad *“es una idea de justicia inmanente a todo derecho, con el que se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente.”*²³

También, este principio limita la especie y medida de la pena a aplicar en cada caso concreto, ya que las valoraciones sociales han de servir como parámetro para la imposición de la pena que deberá guardar proporcionalidad con el grado de peligrosidad del sujeto y con la gravedad del hecho.

Muy importante señalar, que el principio de proporcionalidad es un limitante del poder punitivo del Estado. Así ha sido puntualizado por el máximo tribunal constitucional en varias ocasiones; por ejemplo, en la Sentencia C-070 de 1996²⁴, la Corte adujo *“que el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso” limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Esta Corporación finiquitó en esa oportunidad que el Congreso no tiene “la facultad de*

²¹ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-916/02. Referencia: expediente D-4020. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de 2002.

²² GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal. El proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanche, 1987. T II, Vol. I, p 77. Citado por: PÉREZ PINZÓN, Op Cit. p 75.

²³ MUÑOZ CONDE. Introducción al derecho penal, pág 78. En: PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José. Op Cit., p 150.

²⁴ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

*fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados” pues “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humana.”*²⁵

Posteriormente, en la providencia C-364 de 1996, la Corte consideró que la definición legislativa era desproporcionada e irrazonable, por cuanto el legislador sancionaba como contravención y como delito una misma conducta, estableciendo un tratamiento distinto y más gravoso para el caso de la contravención a partir de la cuantía afectada por la conducta. Según la mencionada sentencia, si el legislador *“consideraba que la conducta de hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado es inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, es un hecho de menor transcendencia socio-jurídica, y lo calificó como contravención, debió ser consecuente con su valoración y, por tanto, debió otorgarle un trato punitivo menos gravoso que el fijado para el delito.”*²⁵

Más adelante, la Corte Constitucional reafirmó que el órgano representativo del pueblo goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando *“se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.”*²⁶

Finalmente, en una sentencia de inexequibilidad parcial de los incisos 1 y 3 del artículo 28 de la ley 228 de 1995 ²⁷, discurrió el máximo Tribunal constitucional que esos apartes eran desproporcionados, al consagrar un trato más severo a las personas que cometieran la contravención especial de hurto simple agravado, ya que a estas no se les permite la extinción de la acción penal por reparación del daño, sino que se le disminuye la pena, en relación con las personas que son vinculadas a un proceso penal por el delito de hurto simple agravado, pues a estas si se les concede concluir la acción penal.

²⁵ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-364 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz.

²⁶ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis.

²⁷ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-746 de 1998. MP Antonio Barrera Carbonell.

1.3.2 Principio de la Confianza Legítima

A diferencia del principio de la buena fe, la confianza legítima no tiene una descripción normativa explícita que nos lleve a entender de una manera unívoca, el significado de esta prerrogativa y los alcances de este en las relaciones entre particulares frente a la administración. Aún así, ello no impide que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, hayan realizado un aporte conceptual y fundamental para entender y clarificar la importancia que este límite tiene en el ámbito jurídico colombiano. Bajo este entendido, la confianza legítima ha sido erigida como un principio general del derecho que nace, crece y se desarrolla en el continente europeo, su primera aparición data de 1956 en la sentencia del 14 de noviembre dictada por el tribunal Administrativo Superior de Berlín en Alemania; y constitucionalmente aparece en la jurisprudencia alemana en el pronunciamiento del 19 de diciembre de 1961.

En nuestro país, este principio es parte del derecho constitucional, incorporado por la Corte constitucional en sus sentencias integradoras como un principio implícito, ya que es colegido, del principio de buena fe (Art 83 C. Pol.) y de la seguridad jurídica, que ha sido traído a su vez, de la cláusula del Estado de derecho, contenida en la norma 1 y 4 de la Carta Política. De esta manera lo ha señalado la jurisprudencia del máximo tribunal protector de la Carta Nacional de 1991, al señalar: *“Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), de respeto al acto propio²⁸ y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado.”*²⁹

Indiscutible y antes de continuar con este proyecto, cabe determinar el significado de la confianza legítima, pues no es factible entender algo, sin

²⁸ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-295/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ Al respecto pueden consultarse: González Pérez Jesús. “El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo.” Editorial Civitas. Madrid. 1983; García Macho Ricardo, Artículo “Contenido y límites del principio de la Confianza legítima” publicado en “Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí” .Editorial Civitas, Madrid. 1989; Dromi José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid. En: Corte Constitucional sentencia SU-360/99. Referencia: Expediente T-168937 y acumulados Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

que previamente se haya precisado. Comencemos por evocar, la definición que hace Saturnina Moreno quien lo define, como un principio cuyo objetivo es *“proteger la confianza que los destinatarios de determinadas actuaciones pueden tener en la estabilidad, al menos durante un cierto tiempo, de las situaciones establecidas.”*³⁰ Muller por su parte, señala que su propósito consiste en *“la protección de aquellas expectativas que, en razón de un determinado comportamiento, las autoridades públicas generan en los sujetos de derecho.”*³¹

Como se ve, las nociones anteriores muestran elementos clarificantes para entender que la confianza legítima es una protección, lo que quiere decir que una vez entronado en el contexto jurídico propio, la confianza legítima en la administración se convierte no solamente en una meditación ética del actuar del Estado, sino un derecho exigible de sus expectativas legales, ante las distintas jurisdicciones, las cuales han sido intempestivamente trastornadas. Además entraña obligaciones a cargo de la administración, con un proceder en sus actividades previas de forma apacible, consecuente y sin contradicciones, delante de las personas.

Del mismo modo, la Jurisprudencia constitucional de Colombia ha realizado sus aportes al decir que la confianza legítima es *“un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica.”*³² Así las cosas, es un principio constitucional implícito, derivado de la buena fe y la seguridad jurídica, que lo protegido no es una situación jurídica consolidada o adquirida, sino una mera expectativa, ya que el decir del anterior pronunciamiento es que: *“no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración,*

³⁰ MORENO GONZALEZ, Saturnina. El principio de seguridad jurídica en el derecho comunitario, p 16. En: VIANA CLEVES, Op. Cit., p 161.

³¹ MULLER, J.P. Vertrauensschutz im Volkerrecht, Berlín, 1971. Citado por S Calmes, en Du principe de protection de la confiance légitime en droits, communautaire et francais, cit p 567 En: VIANA CLEVES, Op. Cit., p 161.

³² Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C- 131-04. Referencia: Expediente D-4599. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004). Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998, y la Sentencia C-478 de 1998 M:P. Alejandro Martínez Caballero.

es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.” Es más, los derechos de los particulares como no son absolutos, pueden ser variados por las leyes en determinadas circunstancias. Lo que persigue la confianza legítima es que esas situaciones extendidas por el tiempo que tienen los particulares, no sean cambiadas abruptamente de un momento a otro, por actuaciones activas o pasivas de la administración pública, medidas legales o interpretaciones de los preceptos jurídicos. Debe mediar una prórroga sensata e instrumentos necesarios para que el administrado se adecue ante las nuevas realidades.

Dejemos claro que con esta protección, no se puede atacar el principio democrático ni petrificar el sistema jurídico; es impensable imaginar que una persona interponga una acción judicial, basado en la confianza legítima, con el fin de que una ley sea derogada, pues afecta los intereses y situaciones que ha realizado por un tiempo atrás. No, ese no es el tema por abordar, pues lo que se quiere anotar, es el supuesto en que una ley prohíba conductas que se han estado llevando a cabo. La jurisprudencia ya ha mencionado este evento al decir *“cuando una autoridad decida súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuando en ese evento es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.”*³³

Un ejemplo hipotético es que el Congreso o el Gobierno Nacional (con facultades extraordinarias), modifique el delito de usura y señale que incurren en este delito quien reciba o cobre, directamente o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero, utilidad o ventaja que exceda en un 25% por ciento del interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos. Lo que conlleva, a una rebaja sustancial del límite establecido para el delito de usura, que antes era de la mitad del interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos. Y comporta que todas las actividades, contratos y acuerdos que se hubieran realizado por encima del 25% del interés bancario, y que se consoliden después de expedida la ley, incurren en un tratamiento punitivo. Esto a todas luces, afecta considerablemente las expectativas que tiene una persona que siente que el dinero que prestó, y que va a ser cancelado después de expedida la ley modificatoria del delito de usura, lo convierta en un delincuente, o simplemente

³³ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-084/00. Referencia: expediente T- 261175. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de febrero del dos mil (2.000).

no sea pagado en la forma acordada porque ello es contrario a las normas penales. Indudablemente, el Estado debe dar un tiempo prudencial para que se acuerden nuevamente los intereses y el dinero prestado, que se deban cancelar después de expedida la ley, porque estaría afectando ostensiblemente a quienes ejercen esta actividad y se encontraren por fuera de esa nueva medida.

Otro caso que se trae a colación y que no es hipotético como el anterior, lo realizó el Ministerio del Interior y de Justicia al dictar el decreto 4336 de 2008, el cual modificó el Código Penal en el artículo 316, y adicionó el artículo 316 A; el primer precepto no solo aumento las penas, sino que agregó otros verbos rectores penales al de captar dineros del público que existía con la ley 599 de 2000; entonces incurre en este delito el que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto, para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente. No es muy difícil comprender, que los equipos de futbol que suscribieron contratos de publicidad para llevar el logo de la captadora de dinero durante varios meses, aún después de expedida la ley modificatoria penal, también se encuentren incursos en esos verbos delictuales como el de colaborar o financiar. O el caso de quienes proveían de bienes a esas captadoras, pues de manera real, estos prestaban una colaboración directa en el funcionamiento del negocio. Pues bien, la confianza legítima es un principio constitucional implícito, que limita la potestad punitiva del Estado, en las relaciones entre los particulares y la administración.

1.3.3 Principio de la última ratio o de intervención mínima

Parte de la doctrina ha diferenciado la “*última ratio*”³⁴, de “*la intervención mínima del derecho penal*”; en donde, para los delimitadores en la primera el derecho penal debe actuar cuando los demás medios coercitivos –llámese educación, acciones policivas, administrativas, civiles, etc.,- de la sociedad han fallado; y por su parte, la injerencia mínima del derecho se presentaría solo en los casos más graves que afectan a la sociedad, y aparta las demás antijuridicidades para que sean corregidos fuera del ámbito penal. De otra forma también se ha dicho que una y otra se complementan entre sí,

³⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1986. p 26. Este autor sostiene que “Solo cuando fracasa la política social y de formación, y sólo cuando es ineludible para la vida en común de la sociedad, interviene la protección del derecho penal.”

encuadradas por el mismo objetivo, la estrechez o restricción del derecho penal; entonces, podemos hablar de ambas separadamente, pero siempre se concluirá de que el Estado debe evitar afectar punitivamente la mayoría de los derechos de las personas, y esto ¿cómo lo logra?, tipificando solo aquellas conductas que sean gravísimas para la sociedad, las cuales no han sido contenidas por otros medios de control y formación.

Sobre esta diferenciación, la Corte constitucional no delimita los postulados de la ultima ratio e intervención mínima, hace una mezcla de uno y otro en sus distintos pronunciamientos, pues mientras aquí habla del primero, al decir que la colectividad se escuda primariamente en las penas como control social, para evitar los delitos, también acude a este instrumento punitivo como último recurso: *“pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.”*³⁵ (Subrayado fuera de texto).

En otras “sentencias”³⁶, habla de la intervención mínima como principio, pero describiéndolo como el último recurso que tiene el Estado al afectar los derechos de las personas al imponer una pena, así: *“El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella.”*³⁷ (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la doctrina tampoco tiene ningún problema en matizar uno y otro principio, cuando hablan que el Estado al tipificar conductas debe hacerlo solo si es necesario, sobre aquellas que requieren verdaderamente un tratamiento penal,

³⁵ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-647/01. Referencia: expediente D-3292. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., veinte (20) de 2001.

³⁶ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-356/03. Referencia: expediente D-4313. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de 2003.

³⁷ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-575/09. Referencia: expediente D-7584. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D. C., veintiséis (26) de agosto de 2009.

y que están por fuera de cualquier intervención pedagógica, social, policiva, o administrativa; como se desprende de la siguiente descripción: *“el derecho penal representaría la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos, de modo que su empleo para la protección de estos bienes deba ser idóneo y necesario, no pudiendo provocar para esa finalidad más daños que beneficios.”*³⁸

Sin muchas discusiones, la intrusión del Derecho Penal en los derechos de la colectividad debe reducirse a su más mínima expresión; observamos que según *el principio de intervención mínima*, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir.

Una vez realizada la anterior precisión, el principio de la ultima ratio o intervención mínima, no se encuentra detallado expresamente en la Constitución Política ni en los Códigos penales, su descripción y desarrollo se ha realizado a nivel doctrinario y jurisprudencial; y este se convierte en limitante para la actividad punitiva del Estado, en razón a que cuando el Estado con su poder punitivo, tipifican una conducta como delito, lo debe hacer sobre el convencimiento de que esta es gravísima para el conglomerado social y que no hay otro instrumento para contenerla; los hechos delictuosos son castigados, como un recurso final que sanciona la antijuridicidad. Si esto no fuera así, cualquier violación a las normas tendría tratamiento penal, y se vulnerarían constantemente, sin ningún condicionamiento, los derechos de las personas, lo cual es peligrosísimo para la ecuanimidad de cualquier sociedad; a lo expuesto, el alto tribunal ha señalado con respecto a la utilización de la intervención mínima: *“(…) Si así no fuera, el Estado se convertiría en un Estado simplemente policial y, además, se correría el riesgo de paralizar la actividad social por medio de la violencia penal. Los ciudadanos, dentro de un Estado de derecho, no pueden vivir bajo la amenaza constante de violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significa la negación de ese propio Estado de derecho.”*³⁹

De cualquier modo, sin el limitante de la última ratio al intervencionismo punitivo del Estado, la invasión de este, a los derechos fundamentales sería desmedida y en vez de proteger los bienes jurídicos, afectaría a los mismos

³⁸ SCHUNEMANN, Bernd. El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p 51.

³⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1986. p 26.

desbordadamente. De allí, que el principio de la mínima intervención se convierta en un postulado muy importante, ya que sitúa al derecho penal en su auténtica tarea que cumple en el ordenamiento jurídico: ser el último recurso al cual acude la sociedad para proteger sus derechos. Al unísono, la Corte protectora de la Constitución en una sentencia de control de exequibilidad, al analizar el delito de ultrajes a emblemas y símbolos patrios (declarado inexecutable), especificó que había otros medios administrativos para castigar al infractor de ese hecho, como la acción policiva, y que era desproporcionado darle un tratamiento con una condena a esa situación, ya que la medida penal no era eficaz para tutelar la existencia y seguridad del Estado:

“La remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. (...) En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración.”⁴⁰

1.3.4. Principio de fragmentariedad

Este principio no lo encontramos en la Constitución Política nuestra, ni en las leyes penales, el primero en hablar de él fue Binding y, al igual que el principio de subsidiariedad, se deriva de la limitación del derecho penal a lo estrictamente necesario (principio de mínima suficiencia o mínima intervención). La intervención del derecho penal para proteger bienes jurídicos surge como fragmentaria, es decir, no los protege frente a todos los ataques, sino solo de los más graves o más peligrosos, por lo que el Derecho penal define sólo una parte de lo antijurídico o, dicho de otro modo, del conjunto de la antijuridicidad el Derecho penal acota una fracción. Sin duda, la doctrina también lo ha entendido en ese sentido, como vemos *“De la amplia variedad de comportamientos antijurídicos, entonces, el D penal toma algunos trozos, partes o fragmentos, con el propósito de concederles una tutela muy particular, ordinariamente*

⁴⁰ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-575/09. Referencia: expediente D-7584. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D. C., veintiséis (26) de agosto de 2009.

represiva y más severa que la otorgada a otras violaciones de intereses por los demás sectores del ordenamiento jurídico.”⁴¹

Cuando se sostiene que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, se está mostrando que de las conductas descritas como delitos, ha sido extraído lo más peligroso para la sociedad, esto es lo que se castiga, solo una parte de lo antijurídico; lo demás, le atañe a las demás ramas del derecho o a otras medidas administrativas. Por ejemplo, si una persona X le presta a un sujeto Z 20 millones de pesos y esta no los paga, X puede acudir a la jurisdicción civil para que se le restituya su dinero. Vemos que la actitud del deudor Z es apropiarse del dinero de X; esta conducta no constituye delito por cuanto el ordenamiento penal ha querido que esta controversia lo dirima otra especialidad. En cambio, si Z entra a la casa de X y se apodera de los mismos 20 millones de pesos; Z está cometiendo una conducta que se denomina hurto, la cual tiene tratamiento punitivo.

El Estado Legislador, tomo de la conducta de apoderarse, aquella que es más lesiva para la sociedad, la que se hace con engaños (Estafa), o con violencia, o sin el consentimiento del dueño.

1.35. Principio de subsidiaridad

Como primera medida en todo conglomerado social se llega al consenso, de que algunas de sus conductas son ilícitas, estas últimas son tratadas de diversas maneras, policívicamente, civilmente, administrativamente, etc. Luego, de las conductas reprochables, se extraen solo aquellas que son graves para la sociedad y pasan a ser reguladas por el derecho penal. Y es en este ámbito, que las conductas que afectan delicadamente a la sociedad, son castigadas por sanciones que indudablemente afectan la libertad del individuo.

El Principio de subsidiariedad, puede esbozarse en contextos jurídicos en los que se dan dos alternativas, de manera que a una de ellas sólo se podrá acudir en defecto de la otra; es decir, el derecho penal interviene cuando las demás ramas del derecho han fallado o no son suficientes, se utilizan instrumentos principales como el policivo, administrativo etc., y luego, si no funciona, se acude al accesorio, – el derecho penal-.

⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Págs. 96 a 102. En: PÉREZ PINZÓN, Op. Cit., p 77.

Por ende, se dice que es una ramificación del principio de intervención mínima o ultima ratio, ya que gracias a él, y para salvaguardar los derechos fundamentales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal, antes de acudir a éste, de forma tal que el citado Derecho debe ser un arma suplementaria, un último recurso.

Así, que la subsidiariedad en el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado deba determinar la intervención del Derecho Penal.

1.3.6 Bloque de Constitucionalidad Artículo 93 de la Carta Magna

Por otro lado, pero en la misma vía del tema de los límites al poder punitivo del Estado, la Constitución Política de 1991 tiene una fuerte vocación hacia el derecho internacional, el cual trae un catálogo de derechos fundamentales importantísimos, que deben ser acatados en nuestra legislación interna, por mandato del artículo 93 del Estatuto Superior. De esta manera, la Corte constitucional en la sentencia T 02 de 1992 señaló que los derechos fundamentales no son solamente los que están en el título II de la Carta Política, sino que también se encuentran en otra parte del mismo texto, como por ejemplo el artículo 229 que describe que el acceso a la justicia es un derecho para todas las personas, y que además se podía acudir a los tratados de derechos humanos como fuente de consagración de derechos fundamentales.

De ahí en adelante, hace carrera el término de bloque de constitucionalidad, que no es más que un conjunto de prerrogativas que están en la Constitución Política, que conducen a que no es solamente lo que está en su texto, sino que existen otras disposiciones que tienen la misma fuerza vinculante. Entonces, hacen parte del bloque de constitucionalidad, la misma Carta Magna, los tratados de derecho internacional humanitario (Inc. 1 Art 93 C POL), más los tratados de derechos humanos que prohíben su limitación en los estados de excepción (estos son los derechos que están consignados en el artículo 27 de la CADH –Convención Americana de derechos humanos- y en el artículo 4 del PIDCP –Pacto Internacional de derechos civiles y políticos). Debe quedar

bastante claro que los anteriores derechos hacen parte de lo que la jurisprudencia colombiana ha denominado bloque en sentido estricto, pues según el bloque de sentido amplio hay que agregar los demás tratados de derechos humanos (Artículo 93 num. 2 C. POL), los tratados sobre límites (C-400 de 1998) y algunas leyes estatutarias y orgánicas.

De estas circunstancias nace el hecho de que esas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad vinculan al legislador de dos maneras; positivamente ya que quien expida las leyes debe necesariamente adoptar una norma que desarrolla el tratado; y negativamente, por cuanto el legislador no puede ejercer una norma contra ese tratado, y si lo hace esa ley debe ser declarada inconstitucional. Entonces, la norma que hace parte del bloque de constitucionalidad se convierte en un limitante para la actividad punitiva del Estado, por cuanto al expedirse una ley que crea, modifica una conducta delictual, debe respetar no solamente la normatividad interna, sino los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

1.4 EL FENÓMENO DEL EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL

Hoy en día la legitimación del derecho penal se circunscribe entre alcanzar los fines preventivos sin perturbar los derechos de la colectividad, dicha dualidad irreconciliable, genera varios interrogantes sobre hacia donde va el derecho penal en el presente y en el futuro. Hay autores como HASSEMER que sostienen que por la nueva globalización criminal como el terrorismo y el narcotráfico, el derecho penal se dirige inexorablemente hacia el expansionismo, teniendo como escudero la prevención de conductas delictuales, que viene con una consecuencia inevitable, la mengua de las garantías individuales, estos exponentes ponen como casos concretos actuales *“el tratamiento jurídico del terrorismo y de los comportamientos relacionados con las drogas.”*⁴²

Avanzando en la discusión, encontramos que las sociedades actuales demandan por una mayor y verdadera protección de las distintas entidades estatales de sus derechos, siendo una respuesta a ello la expansión del derecho penal, en el cual

⁴² HASSEMER, W. Prevención en el derecho penal, trad Bustos Ramírez, poder y control. No. 0 Barcelona, 1986. Citado por: PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José. Op Cit., p 28.

se tipifican o agravan nuevas conductas puniblemente en aras de la tranquilidad social, un *Ius puniendi* que pasa de ser la ultima ratio y se convierte en la prima ratio, lo cual ineluctablemente produce una ruptura de la misión o el rol que cumple el derecho penal en la comunidad y la consecuente generación de contradicciones. Dicho aumento punitivo, se traduce en *“La creación de nuevos `bienes jurídicos` objeto de protección penal, ampliación de los espacios de riesgos jurídico – penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía (...)”*

A ese efecto, no pudo escapar nuestro legislador que ha vuelto a poner en discusión la antinomia entre el principio de *`intervención mínima`* y las crecientes demandas de tutela de una sociedad cada vez más compleja, que se mide ahora en términos de seguridad, y que pretendió remediar con la puesta en vigencia del nuevo texto, bajo el peregrino argumento de dar prudente acogida a nuevas formas de criminalidad, nuevas figuras delictivas, eliminando aquellas que han perdido su razón de ser, su vigencia. Pero la realidad es otra, pues *“La acogida de nuevas formas de delincuencia aunadas al incremento excesivo en el monto de las penas a los delitos ya existentes, es lo único evidente; contrario a la trascendencia en la eliminación de ciertas figuras delictivas, especto que resulta por verdad insignificante.”*⁴³

Es cierto, como salta a la vista, que los defensores del acrecimiento del derecho penal nos han vendido la idea de criminalizar conductas nuevas, a cambio de que otras van a ser despenalizadas, disfrazan el expansionismo con una verdadera minimización del derecho penal como política del Estado; esto último es inusual que ocurra, así es que encontramos en la ley 95 de 1936, la cual en su Art. 323 castigaba a las personas que cometían el acceso carnal homosexual cualquiera que fuera su edad, con penas de seis meses hasta dos años de prisión. Dicho delito fue suprimido mas adelante, pero no como expresión de la mínima intervención puniendi, sino como un cambio sociológico en la sociedad que entendió que el homosexualismo, como plena expresión del desarrollo de la intimidad y personalidad, no debía ser sancionado como delito.

⁴³ Bedoya Puerta Hernán y PÉREZ DUARTE, Samuel. La expansión del derecho penal en las sociedades globalizadas. Medellín: Universidad de Medellín, 2003. p 11.

Observamos, que en las últimas directrices criminales la despenalización de conductas es excesivamente excepcional, si esto se realizó, se llevó a cabo porque los tipos penales no han conllevado a una verdadera actividad sancionatoria del Estado, no se condenaron a muchos individuos que violaron la ley penal; ya sea por falta de denuncia o porque la sociedad asimila esta conducta como irregular, pero no ilícita. Lo que se trata de decir, es que no es una directriz político- criminal, minimizar la intervención del Estado en materia penal, sino que se realiza porque dichas conductas destipificadas no han llevado a una condena habitual de quienes cometen esos injustos. Por ejemplo, observamos los anteriores delitos de bigamia y matrimonio ilegal, consagrados en los artículos 260 y 261 del anterior Código penal contenido en el Decreto 100 de 1980, que fueron derogados por la ley 599 de 2000.

Adviértase, pues, que el expansionismo del derecho penal se da por varios motivos, el primero por exigencia de los coasociados que reclaman del legislador sanciones severas para los delincuentes, pues estos últimos también han avanzado en la manera como realizan los delitos, habiendo un combate frontal al crimen organizado transnacional que ha venido socavando las estructuras de ciertos Estados, pues han aparecido nuevas modalidades delictivas de última generación como lo son la trata de personas, narcotráfico, tráfico de armas, blanqueo de capitales, etc.

Es así, como los defensores del extender el Ius puniendi a otras conductas utilizan como eje central de su argumento, que la colectividad merece seguridad, asocian la necesidad de tranquilidad social, con la penalización y tipificación de nuevos delitos; y por si fuera poco, también defienden la flexibilización del principio de legalidad de los delitos y de las penas, ya que lo único que interesa dicen es la tutela de los bienes jurídicos sin importar el precio o el costo para la sociedad así sea necesaria la más absoluta informalización o, como en nuestro particular caso colombiano, merced a una política criminal del absurdo, lo que ha deparado un sistema penal de la emergencia, un derecho penal en crisis, caracterizado como el que más por su gran andanada legislativa.

Otra causa, es la falsedad en las soluciones que brinda el Estado, el cual vende la idea que entre mas se criminalicen conductas o se aumenten las penas, se ataca la ilegalidad reinante.

A lo expuesto, la víctima es asemejada con la colectividad quien se identifica con ella, pues los sujetos pasivos son más que los delincuentes y ello trae una especie de connivencia entre ambos, lo que trae consigo tipos penales en blanco, preceptos abiertos y un derecho penal maleable.

II. EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS EN COLOMBIA.

2.1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.

A continuación, observaremos de manera somera el desarrollo positivo histórico que tuvo la captación masiva y habitual de dineros en nuestro país, iniciando con los vacíos punitivos que presidieron hasta el año de 1982, pasando por su sanción administrativa, para culminar con lo que tenemos hoy en día en materia penal.

No es difícil descubrir los motivos que llevaron al Ejecutivo y Legislativo para penalizar la captación masiva y habitual de dinero en nuestro país, pues no es un secreto que la razón de ser de los bancos es terciar financieramente en la economía de las personas, tanto de las naturales como las jurídicas; lo que le resulta peligroso a su función la intervención de sujetos inescrupulosos y sin ningún respaldo en todo sentido, con lo cual se abre la puerta para la inestabilidad de la propia economía de los estados, y la circulación y blanqueo de dineros de dudosa procedencia; es por ello que a continuación describiré ese trasiego normativo en sus inicios, para culminar con la tipificación de la conducta que tenemos hoy en día.

2.1.1 Código de 1936 y Código de 1980 (Decreto 100 de 1980).

Haciendo una retrospectiva normativa de la conducta de captar masivamente dineros del público, esta no aparece descrita en la Ley 95 de 1936 o Código penal, y mucho menos en el anterior compendio punitivo de 1890. Es menester indicar que antes de la expedición del Código de 1980 se dieron tres propuestas para reformar el estatuto punitivo, el Anteproyecto de 1974, el de 1976, junto

con su Proyecto de 1976, y el Proyecto de 1978, en estos intentos legales esta conducta todavía no había sido tipificada como delito.

Posteriormente, más exactamente un año después, el 14 de agosto de 1979 la actividad ilegal de intermediación financiera, como también se le conoce, sería sancionada administrativamente con multas que irían hasta los 500 mil pesos, como aparece descrito en el artículo 12 del decreto 1970 de 1979 que indica:

“El desarrollo de las actividades de que trata este decreto sin la debida autorización de la Superintendencia Bancaria, dará lugar por parte de esta a la imposición de multas sucesivas a favor del Tesoro Nacional hasta por la suma de quinientos mil pesos moneda legal (\$500.000) cada una, multa que se podrá aplicar al infractor, a los representantes legales del mismo y a los administradores o directores, cuando sea el caso. Además podrá inhabilitar al sancionado hasta por un término de cinco (5) años para desempeñar cargos de representante, director o revisor fiscal en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, y comunicará a las mismas los nombres de las persona sancionadas para que se abstengan de nombrarlas en este tipo de cargos.”

Luego, el Decreto 100 de 1980 o Código penal en sus inicios tampoco penalizaría dicha actividad como delito, sería hasta el año de 1982 que el Presidente Belisario Betancur en uso de las facultades legales que le confiriera el artículo 122 de la Constitución Política de 1886 y el Decreto Legislativo 2919 de la misma anualidad, el cual declaró la emergencia económica y social, que dictaría el Decreto 2920, dicha normatividad le daría protección penal al sistema financiero, castigando esa conducta con prisión hasta por seis años como se anotara a continuación.

2.1.2 Decretos 2920, 3227 de 1982 y 1981 de 1988

Como se había dicho, el decreto 2920 del año 1982, en su capítulo III denominado “Protección penal de la confianza en el sistema financiero” implantaría por primera vez en su artículo 20, esta actividad como delito señalando: *“Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años.”* Dicha tipificación fue antecedida y originada por una crisis bancaria, la cual se dio por múltiples factores, entre ellos la pérdida de

confianza de los ciudadanos en el sector financiero, así lo describe el Decreto legislativo 2919 de 1982 en sus considerandos así: *“Que el Gobierno estima que la existencia de instituciones financieras privadas, es garantía indispensable para la libertad de empresa y opinión de los ciudadanos; pero, al mismo tiempo, juzga necesario que sus accionistas y administradores tengan la absoluta certidumbre de que todo derecho debe ejercerse con el espíritu de servir los intereses de la sociedad y que la propiedad debe cumplir una función social;*

Que el orden económico y social requiere que las instituciones financieras gocen de la confianza de la opinión pública, y del sector financiero internacional; que en los últimos meses se han descubierto en varias instituciones financieras, actividades especulativas para adquirir su control, concentración de la propiedad de las acciones y del crédito, conductas dolosas para burlar los límites legales, prácticas destinadas a facilitar la evasión de los deberes fiscales y, en fin, diversas formas de abuso del derecho de propiedad.”

Y tratando de precisar mejor la conducta, se dictó el decreto 3227 de 1982 el cual reglamentó parcialmente el Decreto 2920 del año 1982, disponiendo:

Art 1 *“Para efectos del decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas, diferentes de las señaladas en el párrafo de este artículo, o por más de 50 obligaciones, siempre y cuando se presente una cualquiera de las siguientes condiciones:*

- 1. Que el valor total de dichas obligaciones, en uno u otro caso, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona.*
- 2. Que estas situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas o, de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.*

Parágrafo. Por pasivo con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

No se computarán dentro de tal monto los dineros recibidos de los socios, sean personas jurídicas o naturales, o del cónyuge o los parientes hasta el 4º grado

de consanguinidad, 2º de afinidad, y único civil o de las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del decreto 2920 de 1982.”

No cabe duda, que el límite que se describió en esta norma trajo algunos inconvenientes en la práctica al punir esta conducta, ya que se evadía la responsabilidad penal al realizar operaciones de captación por debajo de dichos montos, o utilizando terceros en las captaciones, por esa razón señalan algunos doctrinantes se modificó y redactó nuevamente esta norma, *“Pero al señalar la norma la cantidad determinada de operaciones como límite para la concreción de la conducta punible, permitía la burla de la misma y muy escasos por lo mismo la existencia de procesos penales en tal sentido. Al ser abolidas de la disposición las cantidades de operaciones, como ocurre con la nueva redacción, se facilita su represión y se previene mejor la comisión de la conducta infractora.”*⁴⁴

“En igual forma, en el decreto original sobre captación masiva y habitual, no se previó la posibilidad de que dicha gestión se realizara por interpuesta persona, con lo cual varios ciudadanos captaban para un tercero, llegando cada uno de ellos hasta el máximo permitido por el decreto.

*Por último, en razón a la excepción consagrada en el inciso segundo del parágrafo del artículo 1 del decreto 3227 de 1982, en el sentido que los dineros que la sociedad recibe de sus socios a título de mutuo o de cualquier otra en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios no constituye, para los efectos del decreto 2920, pasivo para con el público, permitió que las sociedades sin la autorización correspondiente efectuaran captaciones masivas y habituales de dineros, con el argumento de vincular previamente al ahorrador con una reducida participación al capital social. De esta forma, esquivaban la correspondiente responsabilidad penal.”*⁴⁵

Así las cosas, el decreto 1981 de septiembre 26 de 1988, con el propósito de cubrir penalmente estas conductas preceptuó en su primer precepto.

“ARTÍCULO 1o. El artículo 1 del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

⁴⁴ LÓPEZ MORALES, Jairo. Nuevo Código Penal. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2002. t 3, 1315P.

⁴⁵ HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A. Los Delitos Contra El Sistema Financiero En el Nuevo Código Penal. Bogotá: Biblioteca Gustavo Ibáñez, 2003. Págs 232 y 233.

“ARTÍCULO 1o. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982 se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

“1.- Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

“Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

“2.- Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres(3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

“Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

“PARÁGRAFO 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

“a). Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

b). Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

“PARÁGRAFO 2.- No quedarán comprendidos dentro de los cálculos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4o. grado de consanguinidad, 2o. de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

“Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982”.

Así las cosas se puede fácilmente deducir, que solo hasta el día en que estallaron los escándalos de las pirámides en Colombia en el año 2008, las penas se aumentaron considerablemente para el delito de captación masiva y habitual de dineros, pues en los antecedentes que se han comentado, las sanciones del Estado iban desde los dos a seis años de prisión (o sea que era excarcelable), y multas administrativas sucesivas a favor del Tesoro Nacional hasta por la suma de quinientos mil pesos moneda legal (\$500.000) cada una, y habilitación al sancionado hasta por un término de cinco (5) años para desempeñar cargos de representante, director o revisor fiscal en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

2.1.3 Código de 2000. Ley 599 de 2000.

Finalmente, la ley 599 de 2000 en el Art. 316 describió casi lo mismo que traía la anterior normatividad, pues lo único que varió fue la imposición de la multa, pues su descripción típica siguió igual, así como la tasación de la pena carcelaria, *“Artículo 316- Captación masiva y habitual de dineros. Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Nada pues más expresivo y comprobatorio, de la incompetencia del Estado vigilante y corrector administrativamente, en este delito de captación masiva y habitual de dineros, ya que inicialmente se sancionó con multas y trámites administrativos a quienes atraían dineros del público, pero ante la inoperancia de las autoridades de guardia y control, para sancionar drásticamente a estos personajes, se descarga en el sistema judicial penal dicha función, con una conclusión reiterada de los gobernantes que por su actuar se infiere que ellos deben pensar, si no podemos nosotros dejemos que la coerción de la descripción del delito y los procesos penales, hagan nuestra tarea.

2.2. DECRETOS DICTADOS POR DIFERENTES MINISTERIOS CON RESPECTO A LA CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS DENTRO DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL DEL AÑO 2008

La gran crisis que dejó para nuestro país en el año 2008 la captación masiva y habitual de dineros por parte de personas que no estaban autorizadas para ello, fue combatida jurídicamente esta problemática con normas que se expidieron precisamente para ponerle freno a este fenómeno que creció sin un control eficaz por parte del estado, así que tardíamente pero con el fin de batallarlo se profirieron las siguientes normas:

2.2.1 Decreto 4333 de 2008

Esta norma ejecutiva fue establecida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 17 de noviembre de 2008, para conjurar según el gobierno, el Estado de Emergencia Social que reinaba en el país por esos días; razón por la cual el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el artículo 215 de la constitución política y en desarrollo de lo previsto en la ley 137 de 1994 dicto este decreto. El fundamento legal y tangible, fue que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Nacional y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. En dichas normas legales, se establecen que las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva dinero del público, son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Lo que evidentemente no estaba sucediendo, pues en todo el territorio Nacional pululaban diferentes modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, bajo sofisticados sistemas que dificultaban la intervención de las autoridades; a pesar de estar castigada esta conducta desde 1982, año en el cual se consideraron penalmente responsables a las personas que captaran de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera.

Lo anterior, condujo a que se expidiera este Decreto cuya vigencia sería de treinta días, hasta el 17 de diciembre de 2008, en donde se Declaro el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional; pero fue prorrogado otros 30 más por el Decreto 4704 de 2008, siendo este último declarado inexecutable por la sentencia C-254 de 2009 de la Corte Constitucional.

2.2.2 Decreto 4334 de 2008

Este fue promulgado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y expidió un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto número 4333 del 17 de noviembre de 2008; en donde en el artículo 1 declaró la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

Dicha intervención quedaría en cabeza de manera privativa de la Superintendencia de Sociedades (Art.4) y señala el precepto 2 de este Decreto, que la intervención no es más que el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.

2.2.3 Decreto 4335 de 2008

Este fue proferido por el Ministerio del Interior y de Justicia y les asignó funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto 4333 de 2008 para detener de manera cautelar la actividad de captación o recaudo de dinero no autorizados de los recursos del público; para ello señala el artículo 1 que “Cuando se infiera que en el territorio de su respectiva jurisdicción se puedan estar desarrollando las actividades a las que se refiere el Decreto 4334 de 2008, el Alcalde Distrital o Municipal deberá ordenar el cierre preventivo del establecimiento de comercio, local, oficina o cualquier lugar donde se desarrollen dichas actividades. Si el Gobernador del respectivo departamento tiene conocimiento de alguna de las

situaciones descritas en el señalado artículo 1o del Decreto 4334 de 2008, deberá informar al alcalde de la localidad en las que estas se vienen presentando. El alcalde procederá de manera inmediata a dar aviso a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia.”

2.2.4 Decreto 4336 de 2008

Finalmente, el Ministerio del Interior y de Justicia dicta el Decreto 4336 de 2008 y modifica el Código Penal en el Art. 316, adiciona el Art. 316 A de la siguiente manera:

Artículo 1: Modifícase el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:
“**Artículo 316.** *Captación masiva y habitual de dineros.* El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte”.

Artículo 2: Adicionase el artículo 316A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:
“**Artículo 316-A.** Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. Los Fiscales que conozcan de los procesos penales que correspondan a este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en aras de procurar la devolución de los recursos”.

2.2.5 ANALISIS DE LA MODIFICACION REALIZADA AL ART. 316 DEL C.P. Y CREACIÓN DEL ART.316 A.

Para conjurar la crisis creada por las entidades captadoras, el presidente de turno reclamó actuaciones de orden penal para superar un problema generado por la inoperancia de las entidades de vigilancia y control, así como por la no aplicación de los mecanismos de intervención en el sector financiero consagrados en forma clara y precisa en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero. En efecto, al solicitar al ministro de Hacienda de esa época Oscar Iván Zuloaga, crear medidas para frenar la acción de las pirámides, el doctor Álvaro Uribe, primer mandatario de los colombianos, afirmaba: “Yo creo que eso nos toca una acción coordinada con Fiscalía y Policía, y meter gente a la cárcel”⁴⁶.

Ante la estrepitosa caída de las pirámides, el Gobierno nacional, en forma tardía, decidió intervenir, acudiendo, a la figura de la emergencia social, consagrada en la Constitución Política en el Artículo 215. De esta forma, el Gobierno nacional dictó el Decreto No. 4333 de 17 de noviembre de 2008, por medio del cual declara el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, por el término de treinta días. En desarrollo de la emergencia económica, el Gobierno profirió el Decreto 4336 de 17 de noviembre de 2008, en el cual se modifica el Artículo 316 del Código Penal (captación masiva y habitual de dineros) y se adiciona el Artículo 316 A, a la Ley 599 de 2000 (Código Penal en vigencia), creando un nuevo tipo penal para sancionar a los captadores ilegales que no reintegren a sus *clientes*, el dinero de ellos recibidos.

Así, el Artículo 316 fue regulado en los siguientes términos:

“Artículo 316. Captación Masiva y Habitual de dineros:

El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000), salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si para tales fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.”

⁴⁶ Periódico EL TIEMPO. Colombia.2008. p. 1 y 5.

Como puede advertirse claramente, en la nueva regulación se amplía la posibilidad de ser sujeto activo del delito, alcanzando la responsabilidad penal además del captador, a quien promueva, patrocine, induzca, financie o colabore con esta actividad no autorizada.

De alguna manera identifica al autor material con los partícipes, generando grandes dificultades para precisar la calidad en la que se interviene en el punible.

La gran modificación de la norma se encuentra en el aumento de la consecuencia punitiva, con el objeto de impedir la excarcelación de sus responsables o que los mismos alcancen el beneficio de la prisión domiciliaria. De esta forma, se pasa de una pena mínima de treinta y dos (32) meses a una de ciento veinte (120) meses, y de una sanción máxima de ciento ocho (108) meses a doscientos cuarenta (240) meses.

Así mismo, esta pena se aumentará hasta en una cuarta parte, cuando se utilicen medios de comunicación para alcanzar los fines que se busca combatir.

Ahora bien, en el Decreto 4336 de 2008 también se crea un nuevo tipo penal en los siguientes términos:

“Artículo 316 A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento a treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Los Fiscales que conozcan de los procesos penales que correspondan a este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en aras de procurar la devolución de los recursos.”

Como puede observarse se trata de un tipo penal de coyuntura con el que se buscaba recuperar los dineros que los ahorradores tienen hoy embolados en manos de los captadores ilegales.

III. ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO PENAL DE CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINERO

3.1 Sujetos:

3.1.1 Activo

Como sujeto activo de la conducta punible que estamos tratando encontramos que este es indeterminado por cuanto no exige ningún tipo de cualificación jurídica, pues incurre en él cualquier persona natural o jurídica que capte dineros de otras personas de manera masiva y habitual es decir mediante operaciones de recepción de dineros y de forma constante sin la previa autorización de la entidad pertinente que no es otra que la Superintendencia Financiera puesto que bajo este contexto la intermediación financiera es una actividad propia de las entidades vigiladas por este organismo.

Igualmente podemos adicionar que el delito de Captación Masiva y Habitual de Dineros es de mera conducta o actividad, pues no exige resultado alguno para su adecuación típica.

Por último el gobierno al declarar la emergencia social y una vez más, utilizando este estado de excepción, modificó, el artículo 316, aumentando la pena para el delito de captación masiva e incluyó como sujetos activos del mismo a otros que bien podían responder en calidad de partícipes. Asimismo, adicionó al código penal el artículo 316 A, para castigar a quien después de captar los recursos en forma ilegal, no los reintegra.

3.1.2 Pasivo

En este comportamiento, que lesiona el orden económico social, el sujeto pasivo es el Estado, titular del bien jurídico que se busca tutelar. Aquí lo que quiere sancionar el estatuto punitivo, prioritariamente, es el ejercicio ilegal de la actividad financiera, esto es, que personas sin la debida autorización se dediquen a este importante ramo de la economía, sin perjuicio, desde luego, de que los ahorradores que resulten afectados puedan intervenir como víctimas en procura de la correspondiente indemnización por los perjuicios irrogados.

Por sujeto pasivo debe entenderse el titular del bien jurídico ofendido, esto no

quiere decir que pueda identificarse el sujeto pasivo de un delito con el perjudicado por ese delito. Se puede ser ofendido sin ser perjudicado y no es otro más que muchas personas, unidas entre sí, generalmente, por el vínculo común del ahorro. Se produce una situación de total indefensión de los perjudicados, que constituyen la parte más débil en la relación antes descrita.

3.2 Conducta

La conducta según los términos del artículo 316 original del Código Penal, consistía en captar en forma masiva y habitual dineros del público sin contar con la correspondiente autorización legal para ello. El verbo rector que se tiene como tal es *captar*, término que, según lo ha señalado el profesor Antonio Cancino, “significa incorporar, coger, recibir caudales provenientes de un conglomerado de ciudadanos”⁴⁷.

Tenemos entonces que ahora, con la modificación introducida por la legislación de emergencia económica, la conducta que se busca sancionar es la de *desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, colaborar* o realizar cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente.

Así pues, estamos frente a un tipo penal compuesto, que utiliza varios verbos rectores, es decir, que la persona que ejecute la conducta a que se refiere cualquiera de estos verbos rectores, actualiza el punible. A continuación, analizamos cada uno de esos verbos rectores auxiliándonos en algunas de las definiciones propuestas por el diccionario de la Real Academia Española:

Desarrollar: Descoger lo que está arrollado, deshacer un rollo. [...] Acrecentar, dar incremento a una cosa del orden físico, intelectual o moral. [...] Explicar una teoría y llevarla hasta sus últimas consecuencias. [...]

Efectuar las necesarias operaciones de cálculo para cambiar la forma de una expresión analítica.

Promover: Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro. [...] Levantar o elevar a una persona a una dignidad o empleo superior al que tenía.

⁴⁷ Antonio Cancino Moreno. *Los delitos contra el orden económico social en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1983, pp. 330 y 331.

Patrocinar: Defender, proteger, amparar, favorecer.

Inducir: Instigar, persuadir, mover a uno.

Financiar: Crear o fomentar una empresa aportando el dinero necesario.

Colaborar: Trabajar con otra u otras personas, especialmente en obras del espíritu.

En el caso de la expresión “realizar cualquier otro acto”, debemos atenernos al concepto de *acto*, definido por el mencionado diccionario como “hecho o acción”.

Se trata de un tipo penal de mera actividad, que no exige ningún resultado para su adecuación típica, es decir que la conducta penal se perfecciona cuando la persona recibe dinero del público sin contar con la previa autorización de la entidad con facultades para conceder dicho permiso y en los términos que precisan las normas con las que se reglamentó esta figura (decretos 3227 de 1982 y 1981 de 1988).

Ahora bien es importante mencionar a esta altura que en el país se ha detectado la conducta de captar recursos del público para iniciar urbanizaciones, ilusionando a los aportantes con la posibilidad de poseer una vivienda. En muchas ocasiones, los responsables de estos proyectos desaparecen y se alzan con los dineros del público, burlando sus esperanzas y defraudándolo en su patrimonio.

Cabe aclarar que en este evento no es viable aplicar la norma que sanciona la captación masiva y habitual de dineros, toda vez que ella tiene por objeto proteger el bien jurídico del orden económico y social, el cual no resulta vulnerado en el caso en mención. Por ello, el legislador, tipificó en el artículo 260 la gestión indebida de recursos sociales, en la cual se subsume en forma por demás clara la conducta a que hemos hecho referencia. Establece la norma citada:

Art. 260. El que con el propósito de adelantar o gestionar proyectos de interés cívico, sindical, comunitario, juvenil, benéfico o de utilidad común no gubernamental, capte dineros sin el lleno de los requisitos señalados en la ley para tal efecto, o no ejecute los recursos recaudados conforme a lo señalado previamente en el respectivo proyecto, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

3.3 Bien Jurídico Tutelado

Comenzaremos por decir que a este respecto es importante distinguir entre dos tipos de objeto a los que se refiere el ingrediente normativo: el *jurídico* y el *material*. Si entendemos con el maestro Alfonso Reyes Echandía que el *objeto jurídico* es el interés que el Estado busca proteger por medio de los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ésta se acomoda a la descripción hecha por el legislador, es preciso señalar que en el comportamiento plasmado en el artículo 316 del Código Penal colombiano como *captación masiva y habitual de dineros*, el bien jurídico que se busca resguardar es el orden económico social. Éste, en sentido estricto, como lo enseña el profesor Miguel Bajo Fernández, se identifica con la “regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país”⁴⁸.

En Colombia se consagró la intervención del Estado en la economía desde la Constitución de 1886 (artículos 19, 31, 32, 33 y 34) y se robusteció en las reformas de 1936 (artículo 32) y 1945 (artículos 4.º y 10.º). Dicha intervención fue precisada luego magistralmente en el artículo 32 de la reforma de 1968 y, en el pasado reciente, en forma más amplia, en los artículos 333, 334 y 335 de la nueva Constitución Política, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 6 de julio de 1991.

Expresa el maestro Luis Enrique Romero Soto con razón:

El Estado va abandonando su papel de mero espectador para asumir un rol de actor y aun de director de los cambios económicos, manifestándose en dos formas principales: “la de intervención”, es decir, la de dirigir las diversas políticas (de crédito, de control de precios, etc.) y la de protección, que, como su nombre lo indica, tiene como objeto amparar a la parte más débil de la sociedad: consumidores, contratantes.⁴⁹

El legislador consagró en el título x del Código Penal (Ley 599 de 2000), bajo el nombre genérico de *Delitos contra el orden económico social*, una serie de comportamientos que lesionan o ponen en peligro la intervención del Estado en la economía, ubicando ahora en dicho título (capítulo segundo) el artículo 316, que sanciona la captación masiva y habitual de dineros.

⁴⁸ Miguel Bajo Fernández. “Los delitos contra el orden económico social”, en *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 6, 1982, pp. 9-10.

⁴⁹ Luis Enrique Romero Soto. “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”, en *Cambio jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes - Cijus, 1988, p. 42.

Allí se destaca que el interés que se busca proteger es ese orden económico-social, con el que se bautizó el título correspondiente. El doctor Luis Carlos Giraldo Marín, en la comisión redactora del Código Penal colombiano de 1979, en sesión del 31 de marzo, cuando, siguiendo de cerca el pensamiento de Rafael Miranda Gallino, expresó:

Los llamados, pues, delitos económicos, y más concretamente, contra el “orden económico”, tutelan la organización que el Estado intervencionista de hoy establece, para que la sociedad alcance los fines que le son propios. Por eso se marca el acento en la expresión “orden”. De manera que, todo lo que tienda a perturbar o romper dicho sistema u “orden”, debe sufrir la sanción correspondiente.

En la protección de ese orden como es lógico, resalta el interés público, por sobre el individual o particular de los banqueros, comerciantes, industriales, agricultores, ganaderos, etc., los que también resultan tutelados de manera refleja o mediata.⁵⁰

El maestro Juan Antonio Martos Núñez, quien es indiscutiblemente uno de los doctrinantes que con mayor profundidad han analizado la relación delito económico/orden económico-social en la Constitución, reitera que el delito económico ataca las normas jurídico-penales que protegen el orden público económico, sin perjuicio de los intereses patrimoniales que pueda afectar, y concluye que, indefectiblemente en este ilícito, el bien jurídico que se tutela es el orden público económico. Lo expresa de la siguiente manera:

En resumen, el interés estatal en la integridad y mantenimiento del orden económico constituye el bien jurídico protegido técnicamente por el derecho penal económico, según la concepción clásica estudiada.⁵¹

El profesor Martos Núñez admite como orden público económico “el interés estatal en la integridad y mantenimiento de la organización económica constitucional”, criterio que concuerda con el utilizado por los autores que, en Colombia, han estudiado el delito económico o el delito contra el orden económico social.

Autores como Enrique Aftalión, en un clásico artículo titulado *Panorama del derecho penal financiero*, no duda en señalar que el orden público económico resulta ser el bien jurídico que se tutela en los comportamientos que lesionan o

⁵⁰ Luis Carlos Giraldo Marín. *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, vol. ii, Bogotá, Pequeño Foro, 1981, p. 371.

⁵¹ Juan Antonio Martos Núñez. *Derecho penal económico*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 377.

ponen en peligro el planeamiento económico de un país, entendido este como el derecho económico de un estado.

Diserta así el ilustre maestro:

Se tiene así que no hay duda, pues, que un buen funcionamiento del sistema bancario y financiero es uno de los requisitos “*sine qua non*” para el exitoso desenvolvimiento de la economía de un país. Acogido el principio de que los gobiernos no pueden menos que intervenir en el curso de los procesos económicos (para promover el desarrollo y tender hacia la opulencia equitativamente compartida), cabe concluir que una eficaz implementación, no sólo de las regulaciones bancarias sino de todas las instituciones y normas que configuran el planeamiento económico de un país (derecho económico) constituyen el bien jurídico (el orden público económico) acreedor a la tutela del derecho.

Admitiéndose lo sentado acerca de que la noción de jurídico tiende, además, un puente entre la ley penal y la Constitución, en cuyos preceptos el catálogo de bienes penalmente protegidos encuentra su legitimación última, no cabe duda de que el interés jurídico que se busca tutelar en el delito de *captación masiva y habitual de dineros*, al igual que en todos los reseñados en el título x del Código Penal, bajo la denominación de *delitos contra el orden económico social*, encuentra clara conexión con los dictados de la Constitución Política colombiana, que garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, pero responsabiliza de la dirección general de la economía al Estado.

De otro lado, si, como se ha aceptado sin reparo, el *objeto material* lo constituye aquello que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y al cual se refiere la conducta del agente, en el ilícito en estudio el objeto material es de carácter real y corresponde a los dineros que se captan sin la debida autorización de la entidad competente para facultar tal operación.

La expresión *dineros*, utilizada por el legislador en esta norma, puede ser definida en su forma más elemental como un medio de pago de total liquidez. “El dinero está constituido por efectivo (billetes y monedas) emitido y puesto en circulación por la banca central, y por el dinero bancario correspondiente a los depósitos en bancos comerciales que son transferibles por medio de cheque”⁵².

⁵² Banco de la República. *Introducción al análisis económico, el caso colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1990, p. 108.

3.4 ACTUACION DE LAS CAPTADORAS CON APARIENCIA DE LEGALIDAD

3.4.1 El Desarrollo Desmedido de las Captadoras en Colombia

Hacia los años 2006, 2007 y 2008 mientras la economía mundial estaba en pánico por la recesión en Estados Unidos, mucha gente en Colombia estaba eufórica con la ilusión de enriquecerse rápido y sin trabajar. El detonante de esta fiebre de dinero fácil fueron varias empresas que parecían tener la fórmula para multiplicar la plata. Con este argumento lograron que se les confiara miles de millones de pesos en más de 30 ciudades del país

La operación era sencilla. Las personas llevaban el dinero en efectivo a cualquiera de las firmas que aparecían en esa época y el monto podía ser desde 50.000 pesos hasta 100 millones, allí lo entregaban y aceptaban el rendimiento ofrecido y la fecha de pago. Una vez se cumplía el plazo los clientes podían retirarse con toda su plata y las ganancias obtenidas o reinvertir cualquier suma las veces que quisieran. Esto último es lo que generalmente hacían quienes, al cabo del tiempo pactado, regresaban y veían en gruesos fajos de billetes que su capital creció mágicamente. Todo gracias a los rendimientos que iban desde el 60 por ciento en seis meses hasta el 1.600 por ciento en sólo mes y medio, mientras que un depósito fijo en el sector financiero no supera el 8 por ciento de interés anual. Sin duda un negocio atractivo.

Había miles de ganadores, pero también había miles de perdedores. En Pitalito, municipio del departamento del Huila, una de estas empresas dejó de pagar de un momento a otro y la gente se quedó sin nada, y sin a quién reclamarle. En Villavicencio ya había habido problemas de orden público por los incumplimientos. La gente temerosa por las demoras se amotinaba en las oficinas de esas empresas en varias ciudades y municipios del país.

¿Pero cuáles eran esas empresas? Existían más o menos 22 empresas de este tipo en diferentes zonas del país y por lo menos un centenar de establecimientos de comercio vinculados a estas. Su actividad comenzó en municipios remotos, pero habían llegado también con fuerza a varias ciudades intermedias y a Bogotá. En la capital el Grupo DMG y Fundación de Vecinos Ganadores (Fuvegan) - People Winner despuntaban como las dos más consolidadas por la credibilidad que habían

alcanzado con el cumplimiento de sus promesas, el tiempo que llevaban funcionando, el volumen de afiliados, y su apariencia de legalidad pues pagaban impuestos ante la DIAN, tenían su registro mercantil y demás documentos al día para su funcionamiento. También estaban presentes el Grupo Network Inversiones Ltda., Inversiones H y R e Inversiones F.A.P.

La avalancha de gente que hacia estos negocios traía además un particular impacto social. Putumayo era el caso más alarmante, allí varios campesinos dejaron de arar la tierra y esperaban vivir de los beneficios prometidos.

A pesar de que eran empresas diferentes hay rasgos que las hacían semejantes. Eran negocios que en muy poco tiempo lograban transacciones multimillonarias, gracias a la publicidad voz a voz. El grueso de sus operaciones eran en efectivo sin importar el monto. Se presentaban como empresas de beneficio social.

Lo más curioso era que en las más importantes, los cerebros detrás de ellas eran personas que súbitamente se convertían en exitosos empresarios a pesar de su bajo nivel académico. Por ejemplo, David Murcia Guzmán, presidente internacional de DMG es bachiller con formación empírica en producción de televisión y Flor Marina Romero de Fuvengan - People Winner, hasta hace un par de años era costurera .

Pero la característica que más inquietaba era la falta de claridad con que los promotores de estas empresas explicaban a la gente el origen del dinero que entregaban. En unas decían que venía de ONG europeas, otras sostenían que eran constructores a punto de iniciar importantes proyectos, que eran comercializadoras de productos, o simplemente les pedían a sus clientes que confiaran en la buena fe de la empresa.

DMG no es una sola empresa sino un conglomerado de empresas diversas. Una de éstas, el Grupo DMG S.A. está constituido legalmente, declaró ingresos por 72 mil millones de pesos en 2007 (más o menos los mismos ingresos declarados por empresas de larga trayectoria en el país como Harinas El Lobo o Laboratorios Recamier, para citas algunas). Pagó impuestos por un poco más de 4.000 millones de pesos. El grupo, que ya está entre los 700 más grandes del país y tiene presencia en siete países, declaró en 2007 utilidades por 37 millones de pesos.⁵³

⁵³ Revista Semana. Colombia. Edición de Septiembre 27 de 2008. Artículo “El Faraón de DMG”.

Todo esto sucedía a la luz del día, y la gente sólo sabía de las autoridades cuando llegaban también a hacer sus inversiones, pues en las filas de estas captadoras era fácil encontrarse con policías, miembros del ejército, fiscales, jueces etc.

Aunque era una verdad de bulto que esas empresas estaban incurriendo en el delito de captación masiva y habitual de recursos, actividad reservada sólo para entidades que tienen vigilancia y control, son varias las fórmulas con que estos negocios presentaban su actividad y hábilmente evitaban caer en esta definición.

Decían por ejemplo que sus actividades eran contratos en cuentas en participación de proyectos inmobiliarios, que eran contratos de venta donde obtienen puntos y que estos se pueden hacer efectivos, o que funcionaban como empresas multinivel, un popular sistema de mercadeo en el que se reparten comisiones por el número de ventas y afiliaciones de más vendedores.

Pero para el grueso de la gente que dejaban allí su dinero era algo que veían como una inversión. Llevaban plata y recogían unos beneficios, la gente decía que acudían a estas empresas porque los bancos eran muy abusivos.

En parte la tienen. Los expertos que han evaluado el sistema financiero colombiano sostienen que es uno de los que cobran a los clientes un mayor margen de intermediación. La diferencia entre lo que pagan de interés por los ahorros y lo que cobran por los préstamos es muy alta. Además cobran más que en otros países por los servicios regulares, como retiros de cajeros o manejo de tarjetas débito. Es difícil para el cuentahabiente hacer una queja o un reclamo.

Paradójicamente, la laxitud en el control de los posibles abusos de los bancos a sus clientes, tiene el mismo origen que el auge desmedido de las pirámides y demás empresas de dinero fácil: fallas en las instituciones estatales de control financiero.

3.4.2 Las razones ocultas de la justificación de la Tipificación Penal

El Estado Colombiano trato de argumentar el endurecimiento o represión penal del Delito de Captación Masiva y Habitual de Dineros al declarar un Estado de Emergencia Económico y Social como consecuencia del fenómeno de las captadoras y pirámides que se expandían a nivel de todo el territorio nacional y con

el fin según el Estado de que se hacía necesario dotar a las autoridades de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos de quienes los habían entregado a estas entidades y con el fin de evitar un perjuicio mayor.

Pero la verdad es otra el Estado trato fue de proteger en primer lugar a una casta Empresarial Financiera Ineficiente, pues como lo decíamos en un apartado anterior hoy en día la gente ya no cree en el Sistema Financiero llámense Bancos, Cooperativas Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda y demás entidades financieras tradicionales pues la verdad si le prestan un beneficio a la ciudadanía lo cobran a un nivel desmedido también hasta 10 veces o más de lo que un banco le suministra al público con unos intereses y políticas de regulación bancaria a favor obviamente de estas en un 95% y dejándole solo un 5% al pobre ciudadano que no le queda de otra que acudir a estas entidades por dinero para satisfacer sus necesidades básicas.

Podíamos estar hablando de un fenómeno piramidal legal pero con beneficio total para los dueños del Sistema Financiero, pues realmente los afectados en primer lugar por las captadoras fueron ellos, que veían como la ciudadanía ya no llevaba la plata a las entidades bancarias sino a estas captadoras.

Pero sucedió esto sencillamente porque, las instituciones estatales de control financiero no han hecho lo necesario por regular las arbitrariedades cometidas por los bancos, por supuesto por un problema de conflictos de intereses de quienes están al frente de estas entidades de control financiero y su relación con los que presiden el sistema financiero, pero nos desviaríamos del tema si entráramos a profundizar lo que aquí ocurre, pero que no es difícil de desentrañar a nivel de un país con uno de los más altos grados de corrupción a nivel global; pues así en segundo lugar el Estado trato de proteger su propia inoperancia administrativa.

El Estado nos vendió por decirlo así la idea de que entre más se criminalicen las conductas o se aumenten las penas se ataca la ilegalidad, una aparente solución a los problemas sociales desplazando al campo simbólico lo que debería ser resuelto en el plano instrumental con lo que tiene el Estado de primera mano cómo son los órganos y normas de control administrativo para este caso el financiero.

Así las cosas al llevar lo sucedido aquí al campo del Derecho Penal, el Estado violó los principios que regulan el derecho penal, pues la pretensión de nuestro legislador se tergiverso al establecer una política criminal del absurdo y lo que

genero fue un derecho penal en crisis como consecuencia de una explosión legislativa por lo aquí acaecido.

3.4.3 Eficientes y fortalecimiento de las sanciones administrativas

3.4.3.1 El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Señala el Artículo 189 Numeral 24 de la Constitución política que le corresponde al Presidente de la Republica como jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa: “ 24) Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.” Lo que significa, que es al máximo representante del Ejecutivo, a quien le corresponde vigilar todo lo relacionado con la captación del dinero de la colectividad, y por supuesto controlar a quienes ejercen esta actividad, es decir a los bancos.

Para ello, se creó la Superintendencia Financiera que en palabras del máximo tribunal constitucional, la competencia de esta entidad, radica en que “ A la Superintendencia Bancaria, por el contrario, le compete ejercer la inspección, vigilancia y control de las personas que realicen actividad financiera, bursátil, aseguradora o cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, cuya finalidad es la de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, para que éste se realice en condiciones de seguridad, transparencia, eficiencia y con la debida seguridad para no, defraudar la confianza del público.”⁵⁴

Según el Decreto 663 de 1993 o Estatuto financiero, a la Superintendencia Financiera de Colombia le corresponde la inspección, control y vigilancia del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (ARTICULO 324 modificado por el artículo 70 de la ley 795 de 2003). Además, su representación legal radica en cabeza del superintendente financiero (Art 325 Numeral 3 modificado por el artículo 73 de la Ley 795 de 2003), quien debe ser ciudadano colombiano

⁵⁴ Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C- 921/01.Referencia: expediente D-3428. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Renteria. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de Agosto de dos mil uno (2001).

(Artículo 337 del decreto 663 de 1993); su naturaleza es que este es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora; lo anterior según el Artículo 325, sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993.

3.4.3.2 El Derecho Administrativo Sancionador

Como lo hemos venido tratando la solución al problema aquí presentado la ha tenido el legislador en sus propias manos pues no era otra más que el haber dotado a los organismos de control financiero de normas eficaces y con sanciones administrativas que realmente vigilen y supervisen de manera integral las operaciones de las instituciones que realizan la actividad de intermediación financiera y que deben estar autorizadas para ello por el máximo organismo que le compete hacerlo como es la Superintendencia Financiera, asegurando así el cumplimiento de las normas que la regulan y asegurando igualmente confianza en el propio sistema financiero.

Lo anterior teniendo en cuenta que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público son de interés común y solo pueden realizadas previa autorización del mismo Estado.

Así las cosas nos preguntamos entonces si el Estado posee una regulación normativa administrativa y si esta es eficientemente aplicada de manera juiciosa por las entidades de control, normas que abarcan de manera concreta todo lo que tiene que ver con la regulación, funcionamiento, desarrollo de las operaciones y demás aspectos de los Establecimientos de Crédito, no se hacía necesario entonces llegar entonces sin reparo alguno a la expansión de un Derecho Penal que busca solucionar la problemática que se genera en la propia administración penalizando conductas en perjuicio de la dignidad humana, garantismo y orden justo que establece que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho.

Es aquí que surgen los siguientes interrogantes ¿Por qué razón el legislador ha tratado de convertir en comportamiento punible, en hecho conforme al Código Penal, conductas que estaban descritas de manera idéntica o similar y que traían unas sanciones dentro de las disciplinas del derecho administrativo? ¿Será que en un momento determinado estos decretos fueron inoperantes, o en donde radico esta inoperancia?

La respuesta es clara, la inoperancia y negligencia en su aplicación fue sin lugar a dudas del estado, que teniendo las herramientas jurídicas administrativas no lo hizo a tiempo, falta eso sí que el Legislador le imprima a las normas de regulación financiera la rigidez necesaria en su aplicación para su eficientes y unas sanciones infalibles a nivel de un Derecho Administrativo Sancionatorio.

Normas sancionadoras algunas como el Decreto 1730 de 1991, en su artículo1, recogido hoy por el artículo 208 del Decreto 663 de 1993 (artículo 316 del Código Penal), en concordancia con los artículos 292 y 325 numeral 23 de ese estatuto, autoriza a la Superintendencia Bancaria para adoptar las medidas cautelares que a continuación se precisan:

- a) La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1.000.000.00) cada una.
- b) La disolución de la persona jurídica.
- c) La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

Parágrafo. La Superintendencia Bancaria establecerá, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público.

El derecho administrativo es sin lugar a dudas la rama que más se acerca al Derecho penal, pues ambas pertenecen al derecho público, tienen facultades legales similares para compeler a quien infringe las normas, y reglamentan las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos; solo que la potestad

punitiva del Estado se encarga de las conductas más graves que afectan a la colectividad, así lo tiene por instituido la doctrina comparada “ La mayor particularidad que presenta el derecho administrativo es que una de sus partes más importantes es el derecho sancionador, que regula la llamada << potestad sancionadora de la administración >> en virtud de cuyas normas ésta impone sanciones que aparecen como consecuencias jurídicas de la realización de conductas contrarias al derecho administrativo. Como puede verse, el Derecho administrativo sancionador funciona de manera muy similar al Derecho penal y las normas que de él emanan poseen una estructura y funciones, en principio, idénticas: la verificación de la conducta prevista comporta como consecuencia jurídica una sanción consistente en la privatización o restricción de derechos, lo que se realiza con la pretensión de tutelar ciertos intereses. (...) Significa, solamente, que la infracción penal es más grave, que queda reservada para los ataques más intolerables a los bienes más importantes...”⁵⁵

Además, señalan autores como Alejandro Nieto que la autoridad sancionadora de la administración forma parte, junto con la potestad penal de los jueces, de un ius puniendi supremo del estado, que además es único. Pero con una diferencia ostensible, es que “ El Derecho penal, desde la perspectiva en que aquí se la contempla, es un derecho garantista, exclusivamente preocupado por el respeto a los derechos del inculcado; mientras que en el derecho público estatal, sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos”⁵⁶

Así pues que tenemos que se debe propender a una tarea por parte del Estado más eficaz sobre la intervención mínima del derecho penal, y de la urgencia de despenalizar, desjudicializar o desprisionalizar determinados comportamientos cuyo tratamiento tendría mayor eficacia en otros ordenamientos como el del administrativo sancionatorio.

Si el Estado cuenta con normas administrativas que regulan todo el andamiaje económico de un país, no debe por que acudir a otra área del Derecho en donde como ya hemos dicho no podemos continuar mas en esta inflación criminalizante, creyendo ingenuamente que con la amenaza de una pena, que generalmente no se cumple en razón de los múltiples y generosos mecanismos de excarcelación, vamos a solucionar todas las dificultades de la comunidad.

⁵⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal : Concepto y Principios Constitucionales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 3º Edición 1995. Págs. 84 a 94.

⁵⁶ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos : Madrid, 2008. p 22.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como colofón de lo aquí expuesto dentro del presente trabajo tenemos entonces que lo que ocurre en una sociedad cuando se presentan comportamientos que alteran su normal desarrollo, lo más lógico es que la comunidad reaccione para exigir la sanción de sus responsables y para demandar acciones que eviten que dichas conductas se repitan. Cuando el análisis y la planificación de esas respuestas provienen de las autoridades oficiales se está frente a aquello que se ha denominado tradicionalmente “política criminal” y se entiende por política criminal “los medios empleados por el Estado para prevenir y /o reprimir la criminalidad”, mediante estudios serios para delinearla y promulgarla en su momento.

Pero esta forma apresurada e irresponsable de legislar, sin contar con una política criminal verdadera, se reiteró en las normas que se dictaron para tratar de conjurar la más reciente crisis financiera motivada por las defraudaciones piramidales.

Desde luego se critica esta forma irreflexiva de legislar en Colombia, y el convertir el Derecho Penal en un instrumento para superar dificultades creadas por el afán de enriquecimiento fácil de los ciudadanos y la falta de acción oportuna del Estado para impedir la captación ilegal de recursos, como se establece claramente en el Numeral 24 del Artículo 189 de la Constitución Política, la Ley 35 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sector Financiero), al igual que el menguado reconocimiento que realiza el sector financiero de los ahorros del público, lo que sin duda estimula el mercado extra-bancario que se pretende combatir indebidamente con normas penales.

Es así que aquí la preocupación es por la manifiesta inflación legislativa que se observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado Social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos.

En Colombia, hay que decir que los delitos financieros aparecen con la crisis de 1980, cuando a través de la declaratoria de emergencia económica se dicta el Decreto 2920 de 1982, en el que se consagran tres tipos penales: la utilización indebida de fondos captados del público; las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados y la captación masiva y habitual de dineros, comportamientos reseñados en normas administrativas como los decretos 2388 de 1976, 3604 de 1981 y 1970 de 1979.

Con motivo de la crisis financiera desatada por las defraudaciones piramidales, en el año 2008 se declara la emergencia social y en ejercicio de ese estado de excepción, se modifica el tipo penal de captación masiva y habitual de dineros y se erige a comportamiento delictual el no devolver los dineros captados ilícitamente.

Resulta evidente que los delitos financieros en Colombia han sido creados siempre como respuesta a situaciones de crisis, es decir que son eminentemente coyunturales, atendiendo a un “populismo punitivo”, y sin el profundo análisis como lo hemos venido reiterando y que es requerido para esta delicada tarea, con lo que se puede concluir, sin duda alguna, que la política criminal no ha estado presente en la tipificación de estos comportamientos como punibles.

Por ello, resulta antitécnico determinar que alguien capta masiva y habitualmente, para efectos del tipo penal consagrado en el Decreto 2920 de 1982, cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte personas o por más de cincuenta obligaciones contraídas en forma directa o por interpuesta persona, al igual que cuando, en conjunto o por separado, haya celebrado en un período de tres meses consecutivos más de veinte contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración.

Consideramos que siempre que se señale una cantidad de operaciones como límite para la concreción del punible, la norma seguirá siendo antitécnica y permitirá que se burlen sus controles por medio de sofisticados mecanismos que a diario ingenian quienes buscan utilizar el sector financiero como medio de enriquecimiento.

Estimamos que resultaría más afortunado utilizar la fórmula de sancionar a quienes ejerzan la actividad financiera sin autorización legal, considerando a su vez el hecho como delito de estafa cuando de dicha gestión irregular se derive perjuicio para el Estado o para los particulares.

Pero a nivel de la crítica de la norma penal lo cierto es que lo que debe entonces hacerse por parte de los órganos de control estatales son acciones tendientes a prevenir la captación masiva y habitual aceptando la gravedad que la conducta en estudio puede causar al orden económico social, toda vez que los recursos que deben canalizarse por el sistema financiero se trasladan a ciudadanos o personas jurídicas que no pueden garantizar su adecuado manejo, su rentabilidad, seguridad y devolución, es necesario emprender acciones y soluciones pero que no trasciendan al derecho penal. No podemos continuar en esta inflación criminalizante, creyendo ingenuamente que con la amenaza de una pena, que generalmente no se cumple en razón de los múltiples y generosos mecanismos de excarcelación, vamos a solucionar todas las dificultades de la comunidad.

Papel fundamental en esta tarea de prevención deben cumplir la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de la Economía Solidaria, orientando por medio de publicaciones a los ahorradores para advertirlos sobre los riesgos que se corren por depositar dineros en entidades o con personas no autorizadas y, especialmente, practicando visitas de inspección, cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, a los lugares donde operen personas naturales o jurídicas no sometidas a vigilancia permanente, como lo ordena el numeral 12 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

Si el problema planteado es de orden económico, en esta misma sede debe ser atacado.

Si los ciudadanos acuden al mercado extra - bancario, lo hacen, la mayor parte de las veces, convencidos de que los intereses que reciben de las entidades financieras resultan exiguos y en el entendido de que ellos no alcanzan a cubrir la devaluación de sus recursos.

Por ello, sería recomendable buscar el mecanismo que aumente adecuadamente los beneficios obtenidos por la liquidez que se cede y acortar el margen de intermediación financiera, que en el país alcanza cifras mayores al 14%, uno de los más altos del mundo, tal como lo hemos advertido en apartado anterior dentro del presente trabajo.

En igual forma, creemos que debe incentivarse el ahorro privado concediendo exenciones de orden tributario a quienes depositan su dinero en entidades financieras y ayudan, con tal proceder, a que dichos recursos irrigen la economía o, por lo menos, procurando una reducción de los valores que dichos ahorradores deben cancelar por impuestos o por retención en la fuente.

A manera de reflexión podemos decir sin llegar a equivocarnos que si en esta navidad una persona coloca una venta ambulante de gorros de Papá Noel, en cuestión de minutos le cae la Policía, le decomisa la mercancía y si se opone va a parar al CAI (Comando de Atención Inmediata) más cercano. Por esto, no deja de causar curiosidad como el Fiscal General de la Nación y el Gobierno Nacional, con el Presidente y el Ministro de Hacienda a la cabeza, de ese entonces, dejaron montar más de doscientas captadoras de dinero por todo el país a lo largo de todos estos años. Captadoras públicas, que pagaban impuestos y que, como DMG, tenían descomunales bodegas donde a diario miles de personas se aglutinaban a dejar sus ahorros, sólo invisibles para el Presidente, el Fiscal y el Ministro.

En el 2006 se recaudaron \$1.099 millones; en el 2007 cerca de \$21.700 millones y en el 2008 \$36.000 millones. Todos los recursos fueron por liquidaciones sobre el impuesto a la renta, IVA y retención en la fuente.

En estos tres años, los recaudos tributarios pagados por las captadoras ilegales sumaron casi \$58.000 millones, según los registros de la Dian.

Las autoridades no sólo dejaron que las captadoras ejercieran públicamente su labor de rey Midas, sino que les dieron registro, uso de suelo, pagaban impuestos y hasta los mismos policías y miembros del Ejército fueron clientes de las mismas. El abogado, promotor y principal vocero de DMG, Abelardo De La Espriella es íntimo amigo del Fiscal, fue De La Espriella quien dirigió el lobbying parlamentario que llevó a Mario Iguarán a dirigir la Fiscalía, y además, es conocido por sus relaciones personales con altos funcionarios de la Presidencia. Ni los hijos del ex - presidente fueron ajenos al negocio tanto que Daniel Ángel, amigo de infancia de Jerónimo Uribe, alcanzó a involucrarlo en un proyecto televisivo con un canal de DMG, Ángel, como se sabe es uno de los principales cerebros de esta cuestionada empresa.

La responsabilidad política del alto Gobierno es evidente e inexcusable. La propia Constitución (artículo 189-numeral 24) señala que le corresponde al Presidente ejercer “la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen

actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público”. Además de la responsabilidad política –concepto que se ha venido desdibujando últimamente en la vida pública del país–, no se puede dejar de mencionar la ingenuidad con que el Gobierno, fuera de la tardanza con que actuó, manejo este asunto.

Por ejemplo, pocos días antes de que estallara la dramática crisis de las pirámides, el ex - presidente Uribe declaró al periódico Portafolio en edición de ese entonces: “A los inversionistas internacionales tenemos que decirles... cualquier dólar que haya logrado escapar de esa pirámide de Wall Street... tráiganlo para acá, que aquí les queda seguro”.

Pero lo que se vivió fue muy diferente a lo dicho por el ex – presidente y el estrepitoso derrumbe de las pirámides en Colombia no sólo dejó mal heridos a miles de ahorradores, sino a la tan cacareada “seguridad inversionista”, promovida por el Gobierno, a un inoperante control estatal y a una improvisada política criminal del absurdo, llevando o expandiendo al derecho penal conductas que como se ha expresado a lo largo del presente trabajo son de resorte de un derecho administrativo sancionador eficazmente aplicado.

Para finalizar diremos que nos unimos a lo expresado por parte de la Doctrina que afirma que en la actualidad se señala que el Derecho Penal contemporáneo padece de una crisis de legitimación. Como lo menciona el profesor José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández “Dicha crisis se produce por los constantes conflictos en la situación de tensión que se genera al pretender alcanzar fines preventivos sin afectar las garantías de los ciudadanos”⁵⁷. Pues se afirma que no parece nada claro hacia donde se dirige el Derecho Penal moderno, esto es, si vamos efectivamente hacia un derecho más humanitario, haciendo prevalecer los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, resocialización o humanidad, o bien si prevalece la tendencia contraria, yéndose hacia la expansión del Derecho Penal, con una posible afectación de las garantías individuales, valores superiores o también llamados Derechos Fundamentales, todo esto dentro de un Modelo de Estado Social De Derecho que nos elogiamos de poseer.

⁵⁷ SERRANO-PIEDECABRAS, José Ramón. Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Ltda. Universidad Santo Tomás. Bogotá ,D.C. 2005. Pág. 28.

BIBLIOGRAFIA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ARANGO GARAVITO, Jorge Andrés. La responsabilidad jurídica del Estado en la intervención y control del sistema financiero. Bogotá: Universidad javeriana, 1986.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL “Los delitos contra el orden económico social”, en *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 6, 1982, pp. 9-10.
- BANCO DE LA REPÚBLICA. *Introducción al análisis económico, el caso colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1990, p. 108.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- BEDOYA PUERTA, Hernán y PÉREZ DUARTE, Samuel. La expansión del derecho penal en las sociedades globalizadas. Medellín: Universidad de Medellín, 2003. P 11
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1986.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y HOMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal* Ed. Trotta, Madrid: 1997.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 3º Edición 1995. Págs. 84 a 94
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-540-95. Referencia: Expediente D- 943. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. 23 de Noviembre de 1995.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-364 de 1996. Referencia: Expediente. D- 1179. MP Carlos Gaviria Díaz. 14 de agosto de 1996.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-144/97. Referencia: Expediente L.A.T.-084. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de 1997.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-157/97. Referencia: Expediente D-1434 Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de 1997.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-746 de 1998. Referencia: expediente D-2093. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. 2 de diciembre de 1998.
- COLOMBIA. Corte Constitucional sentencia SU-360/99. Referencia: Expediente T-168937 y acumulados Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-084/00. Referencia: expediente T- 261175. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de febrero del dos mil (2.000).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1404/2000. Referencia: expediente OP - 034. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis. 19 de octubre del 2000.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-647/01. Referencia: expediente D-3292. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., veinte (20) de 2001.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-921/01. Referencia: expediente D-3428. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Renteria. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil uno (2001).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-616/02. Referencia: expediente D-3860. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de 2002.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-762/02. Referencia: expediente D-3972. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de 2002.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-916/02. Referencia: expediente D-4020. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de 2002.

- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-939/02. Referencia: expediente R.E 119. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de 2002.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-356/03. Referencia: expediente D-4313. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Renteria. Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de 2003.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 131-04. Referencia: Expediente D-4599. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-406/04. Referencia: expediente D-4874. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de 2004.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-575/09. Referencia: expediente D-7584. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D. C., veintiséis (26) de agosto de 2009.
- FERRAJOLI, Luigi et al. Derecho Penal Contemporánea. Compilación Cátedra Gerardo Molina. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2002.
- GAITA PASTRANA, Libardo y MOLANO SIERRA, Luz. Desarrollo del sistema financiero colombiano 1950 – 1984. Bogotá: Universidad católica de la salle, Facultad de economía, 1986.
- GARCIA GOMEZ DE MERCADO, Francisco. Sanciones Administrativas. Ed. Comares, 3º Edición 2007.

- GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS. *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, vol. II, Bogotá, Pequeño Foro, 1981, p. 371.
- GRAMATICA, Filippo. Principios de Derecho penal subjetivo. Madrid: Editorial Reus, 2003. P 10.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Bogotá: Doctrina y Ley, 2003.
- HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A. Los Delitos Contra El Sistema Financiero en el Nuevo Código Penal. Bogotá: Biblioteca Gustavo Ibañez, 2003.
- HUERGO LORA, Alejandro. Las Sanciones Administrativas. 1ª Edición. Madrid. 2007
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Introducción al Derecho Penal. México: Jurídica Universitaria, 2002. v.1, 410P.
- LÓPEZ MORALES, JAIRO. Nuevo Código Penal. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2002. t 3, 1315P.
- MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO. *Derecho penal económico*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 377.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. 5 ed. Barcelona: 2001. 810P.

- MOLINA ARRUBLA, Paucar. Principios Rectores de la Ley Penal Colombiana. 2 ed. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control social. 2 ed. Bogotá: ed. Temis, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, parte general. Valencia: Tiran lo Blanch. 1996. 2 ed. T I.
- NIETO, ALEJANDRO. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2008. P 22.
- ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC José Luis. Compendio de Derecho Penal: Parte General y Parte Especial. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal. 2 ed. Bogotá: Ediciones Fórum Pacis, 1992. P 53-54.
- PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del derecho Penal. Bogotá: Gustavo Ibáñez - Universidad Santo Tomás, 2005.
- REVISTA SEMANA. Colombia. Edición de Septiembre 27 de 2008. Artículo “El Faraón de DMG”.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. 11 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2002. 334P.

- ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”, en *Cambio jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes - Cijus, 1988, p. 42.
- ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Ed. 2º, 2002.
- ROZO, Ángela y SANCHEZ BADILLO, Carolina. Evolución del sistema financiero colombiano de 1980 a 1997. Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1998. P 97.
- SCHUNEMANN, Bernd. El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. P 51.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal y nuevo derecho penal. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La legitimidad del derecho penal: Equilibrio entre fines funciones y consecuencias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- VELASQUEZ, VELASQUEZ Fernando. Manual de Derecho Penal: Parte General. 2 ed. Bogotá: TEMIS, 2004.
- VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado, 2007.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Ed. Sociedad Anónima Editora, Comercial, industrial y financiera. Argentina, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. 4º Edición. Buenos Aires: EDIAR – 1985.