

# Constitución y derecho penal económico

Hernando A. Hernández Quintero  
Edición Académica

Ediciones  
Unibagüé



Universidad  
de Ibagué

*Comprometidos con el desarrollo regional*



Universidad de Ibagué  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

# **Constitución y derecho penal económico**

Hernando A. Hernández Quintero  
Edición Académica

Ibagué, Colombia  
Diciembre de 2022

343.861

C758 Constitución y derecho penal económico/Tatiana Vargas Nieto, Hernando A. Hernández Quintero, Carlos F. Forero Hernández, María Cristina Solano de Ojeda, Germán Leonardo Ruiz Sánchez, Sandra Bibiana Vargas Castro; edición académica: Hernando A. Hernández Quintero.

Ibagué: Universidad de Ibagué, 2022

125 p., 16.7 centímetros

ISBN Digital 978-958-754-403-9

ISBN Impreso 978-958-754-407-7

Descriptores: Derecho penal económico; Soberanía monetaria –Colombia; Actividad financiera Colombia; Derecho penal tributario; Emergencia económica - Colombia

Universidad de Ibagué  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Diciembre de 2022

© Universidad de Ibagué, 2022

Tatiana Vargas Nieto, Hernando A. Hernández Quintero, Carlos F. Forero Hernández, María Cristina Solano de Ojeda, Germán Leonardo Ruiz Sánchez, Sandra Bibiana Vargas Castro, 2022.

Libro de resultado de investigación

Recepción: mayo de 2022

Evaluación de contenidos: octubre de 2022

Aprobación: octubre de 2022

Cómo citar esta obra: Hernández Quintero, H. A. (Ed.). (2022). Constitución y derecho penal económico. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/9789587544039>

Dirección editorial: Ediciones Unibagué

[ediciones@unibague.edu.co](mailto:ediciones@unibague.edu.co)

Universidad de Ibagué

Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá

Teléfono: +57 608 2760010

Ibagué, Tolima, Colombia.

[www.unibague.edu.co](http://www.unibague.edu.co)

Portada

©Vojtech Bruzek

Unsplash

Diseño y diagramación

León Gráficas S.A.S PBX 608 263 0088. Ibagué

Esta obra no puede reproducirse sin la autorización expresa y por escrito de la Universidad de Ibagué.

# Tabla de contenido

<b>Presentación.....</b>	<b>7</b>
<b>1. Soberanía monetaria en Colombia: una revisión de las constituciones de 1886 a la constitución de 1991 desde la perspectiva del derecho penal económico.....</b>	<b>11</b>
Introducción .....	11
1.1. Antecedentes de la soberanía monetaria desde 1886 hasta la Constitución de 1991 .....	12
1.2. Teoría normativa de la soberanía monetaria y los retos desde la perspectiva del derecho penal económico.....	17
Conclusiones .....	22
Referencias.....	24
<b>2. La regulación constitucional de la actividad financiera en Colombia y su incidencia en el derecho penal económico .....</b>	<b>26</b>
Introducción.....	26
2.1. La intervención del Estado en la economía en la Constitución de 1991 .....	30
2.2. La intervención del Estado en el sector financiero en la Constitución de 1991 .....	35
2.3. Instituciones a través de las cuales el ejecutivo ejerce las actividades de inspección, vigilancia, control e intervención en el sector financiero.....	37
2.4. El Banco de la República como entidad de regulación financiera .....	43
2.5. El derecho penal como refuerzo de la intervención del Estado en el sector financiero.....	45
Conclusiones .....	49
Referencias .....	51
<b>3. La constitucionalización del derecho penal tributario en Colombia .....</b>	<b>54</b>
Introducción.....	54
3.1. El neoconstitucionalismo. Un nuevo paradigma de pensamiento jurídico.....	56

3.2. La constitucionalización del derecho y sus condiciones .....	62
3.3. El papel del derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo....	65
Referencias.....	71
<b>4. Protección constitucional a la vivienda .....</b>	<b>73</b>
Introducción.....	73
4.1. El paso del derecho a la vivienda digna de derecho de orden económico, social y cultural al rango de derecho fundamental .....	73
4.2. Concepto de vivienda digna.....	77
Conclusiones .....	89
Referencias.....	91
<b>5. La emergencia económica como un mecanismo para la creación de tipos penales de contenido económico.....</b>	<b>93</b>
Introducción.....	93
5.1. De los estados de excepción en la Constitución Política de 1991 .....	94
5.2. Control de los poderes presidenciales al amparo de los estados de excepción .....	96
5.3. Antecedente de los estados de excepción en la Constitución Nacional de 1886.....	98
5.4. De los estados de excepción frente a las emergencias financieras y su uso para creación de tipos penales .....	100
Conclusiones .....	111
Referencias.....	112
Bibliografía recomendada.....	112
<b>6. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional C-229 de 2009 respecto al delito de captación masiva y habitual de dinero .....</b>	<b>113</b>
Introducción.....	113
6.1. Contexto histórico en que se desarrolla la conducta de captación masiva y habitual de dineros .....	114
6.2. Marco general al control de constitucionalidad de los estados de excepción .....	115
6.3. Estudio del análisis de conexidad entre el Decreto 4333 de 2008 y el Decreto 4336 de 2008.....	117
6.4. Aspectos que tuvo en cuenta la Corte para declarar la exequibilidad del Decreto 4336 de 2008.....	118
6.5. Salvamentos de voto.....	119
Conclusiones .....	121
Referencias.....	123

## Presentación

El 4 de julio de 2021 se celebraron treinta años de la Constitución que la Asamblea Nacional Constituyente entregó a los colombianos para reemplazar la centenaria Carta de 1886. Fueron muchos los eventos organizados para conmemorar tan magno acontecimiento, pero fundamentalmente, para analizar los avances que se lograron a partir de esta nueva normatividad.

El Grupo de Investigación Zoon Politikon, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué y cuya tarea se ha centrado en el estudio del derecho penal económico, se dedicó por un buen período a analizar los aportes de la Carta en los temas económicos, advirtiendo que, sin lugar a dudas, fue uno de los aspectos en los que los constituyentes centraron su responsabilidad.

Así, por primera vez en una Constitución en Colombia, se crea un título XII, relacionado con el régimen económico y de la hacienda pública, en el que se destaca en primer lugar la claridad que se da a la intervención del Estado en la Economía (artículos 333, 334 y 335), la creación de la Banca Central (artículos 371 a 373), con su tarea prioritaria de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda (control de la inflación). Asimismo, en otros capítulos, se fijan parámetros para el presupuesto nacional, la distribución de los recursos y de las competencias en el Estado, al igual que la finalidad social del Estado y de los servicios públicos.

De otra parte, la Constitución de 1991 logra, en materia económica, deslindar con claridad meridiana, la responsabilidad del Legislativo y el Ejecutivo en la vigilancia, inspección y control del sistema financiero, bursátil y asegurador (artículos 150 y 189, C. P.).

Los temas comentados tienen gran influencia en el estudio del derecho penal económico, en razón a que el título X del Estatuto de penas,

justamente se concreta en los comportamientos que lesionan o ponen en peligro el orden económico social, el cual se funda, sin lugar a dudas, en la intervención del Estado en la economía.

La feliz innovación comentada, llevó a los investigadores vinculados con Zoon Politikon a adelantar el proyecto de investigación titulado: “La relación entre la Constitución Política y el Derecho Penal Económico: Especial referencia a la protección del bien jurídico orden económico social” (código 21-004 SINT), cuyos resultados se evidencian en el texto que ahora entregamos con afecto a la comunidad académica.

En primer lugar, encontramos el capítulo: “Soberanía monetaria en Colombia: una revisión de la Constitución de 1886 a la Constitución de 1991, desde la perspectiva del derecho penal económico”, de la profesora Tatiana Vargas Nieto. En este profundo estudio, la magíster analiza en extenso la facultad de emitir moneda por parte del Estado, como una manifestación de la soberanía monetaria, para luego realizar un recorrido por la evolución que ha tenido en nuestras constituciones esta responsabilidad y aterrizar en la Carta de 1991, de la que la investigadora concluye que dicha potestad volvió a estar en cabeza del Banco de la República, conforme a las funciones que le fueron asignadas como Banca Central, pero advirtiendo que el ejercicio de estas se complementa con las tareas asignadas al Congreso y al señor presidente de la República. De gran importancia resultan las inquietudes que la autora expone frente a la aparición de los criptoactivos en el mundo y las dificultades que plantean a la autoridad monetaria de los Estados.

Luego, en el capítulo 2, el lector puede consultar la contribución: “La regulación constitucional de la actividad económica y financiera en Colombia y su incidencia en el derecho penal económico”, elaborado por el profesor Hernando A. Hernández Quintero, en el cual se explica, de manera amplia, la forma novedosa como la Carta de 1991 logra una total armonía en la regulación de la manera de intervenir las distintas ramas del poder público en estas actividades, superando los continuos enfrentamientos que se presentaban entre estos órganos por la confusa redacción de estas normas en la Constitución de 1886 y, en particular, a partir de la reforma constitucional de 1968.

En el tercer capítulo se evidencia el trabajo del profesor Carlos Ferrey Forero Hernández, titulado: “La constitucionalización del derecho penal tributario en Colombia”. La formación del autor como abogado y

contador, le permite ahondar en temas propios del derecho constitucional y tributario. En esencia, la contribución plantea cómo el derecho constitucional permeó todas las ramas del derecho y desde esa perspectiva aborda la pregunta de cuál será entonces el papel que debe cumplir el derecho tributario en el neoconstitucionalismo. Un gran aporte de este texto lo constituye la apodíctica afirmación, jurídicamente apoyada, de la necesidad de crear en el Código Penal, en el Título de los delitos contra el orden económico social, un capítulo que sancione los ilícitos contra la hacienda pública, incluido allí el punible tributario.

Al partir de la base que el derecho penal económico desde hace algún tiempo consagró como ilícito la “urbanización ilegal”, como medio de defraudar a los ciudadanos, la profesora María Cristina Solano de Ojeda, presenta el capítulo 4: “La protección constitucional a la vivienda”, en el cual relaciona las normas constitucionales que dan sustento a los tipos penales que el Legislador ha creado, justamente para sancionar a quienes vulneran este derecho constitucional. En forma profusa, la autora cita y analiza las sentencias de la Corte Constitucional que declaran el paso del derecho a la vivienda digna consagrado en la Carta y considerado inicialmente como un derecho de orden económico, social y cultural, a uno de rango de derecho fundamental, instaurado especialmente en la dignidad humana.

Como quiera que algunos de los comportamientos reseñados en el Título de los delitos contra el orden económico social en el Código Penal, han sido consagrados a través de los estados de excepción, en particular de la emergencia económica (artículo 122 de la Constitución de 1886 y 215 de la Constitución de 1991), el profesor y magistrado Germán Leonardo Ruiz Sánchez, acomete el estudio, en el capítulo 5, que denomina: “La emergencia económica como mecanismo para la creación de tipos penales de contenido económico”. En primera instancia, el jurista efectúa una amplia revisión a las decisiones de la Corte Constitucional, en las cuales declara los principios que regulan los estados de excepción, tales como la taxatividad, la formalidad, la proporcionalidad y el aspecto democrático, además del control político y judicial que tienen estas figuras de uso excepcional. El autor realiza un estudio de las emergencias económicas declaradas en los años 1982 y 2008, al igual que las normas de contenido penal que se crearon con ellas, advirtiendo como en la primera, la Corte Suprema de Justicia, entonces con facultades de revisión

constitucional, declaró que estas normas tenían un carácter permanente, en tanto que la Corte Constitucional, al examinar la emergencia de 2008, precisó que dichas disposiciones tienen una vigencia máxima de un año, criterio sobre el cual algunos magistrados salvaron su voto. También analiza los problemas que plantea la creación de conductas penales a través de este estado de excepción, tales como la afectación de la función de *ultima ratio* del derecho penal y sobre todo la improvisación en la redacción de estos comportamientos, pero ante todo, la carencia de una política criminal del Estado que permita prevenir estos odiosos comportamientos. Finalmente, se advierte en el escrito la penalización del derecho administrativo a través de estos estados de excepción.

Por último y como un complemento al escrito mencionado en precedencia, en el capítulo 6, la profesora y exprocuradora Regional, Sandra Bibiana Vargas, realiza un: “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional C-229 de 2009 respecto al delito de captación masiva y habitual de dinero”, en la que la Corte Constitucional declara la exequibilidad del artículo 316 del Código Penal (captación masiva y habitual de dinero), el que fue ampliamente modificado en cuanto a su redacción y punibilidad con los decretos dictados en la emergencia económica de 2008, al igual que sobre el artículo 316 A, que creó el ilícito de no devolución de los dineros captados ilegalmente, figuras que han recibido profundas críticas de la doctrina.

De esta manera, el Grupo de Investigación Zoon Politikon continúa en su compromiso de estudiar de manera permanente los temas referidos al derecho penal económico, con el fin de facilitar el entendimiento de los mismos a nuestros estudiantes y a los abogados y economistas en general, que se aproximan a su conocimiento, procurando, en cada oportunidad, proponer las reformas que se estiman necesarias para contar con una adecuada prevención y sanción de estos comportamientos que tanto daño le generan a la comunidad.

Agradecemos sinceramente a la doctora Silvia Gamba, directora de Ediciones Unibagué y a su equipo de trabajo, por su empeño y dedicación para que esta obra fuera publicada.

Hernando A. Hernández Quintero  
Coordinador

# 1. Soberanía monetaria en Colombia: una revisión de las constituciones de 1886 a la constitución de 1991 desde la perspectiva del derecho penal económico<sup>1</sup>

Tatiana Vargas Nieto<sup>2\*</sup>

## Introducción

Sobre la soberanía monetaria, se ha escrito mucho hasta el momento, situación que ha permitido la consolidación de dos grandes teorías: la teoría normativa de la soberanía monetaria y la teoría descriptiva de dicha soberanía. Cada una de ellas, se ha esforzado por explicar esta institución; la primera desde una concepción jurídica, en la que se afirma que corresponde a un elemento o función propia del Estado y la segunda, desde una concepción económica desde la que la soberanía monetaria no depende del Estado sino del mercado y el valor que las personas le den a las cosas, por lo que el dinero no correspondería al declarado por el Estado sino a lo que la sociedad considere como tal.

En este capítulo se estudiará la soberanía monetaria a partir de la Constitución Política de 1886 hasta la vigente Constitución de 1991 de Colombia, documento político que a la fecha cumple 30 años desde su expedición y que logró resolver varios de los inconvenientes en materia

---

<sup>1</sup> Este capítulo se desprende del proyecto de investigación “La relación entre la Constitución Política y el derecho penal económico: especial referencia a la protección del bien jurídico orden económico social en Colombia”, código: 21-004 SINT.

<sup>2\*</sup> Abogada de la Universidad de Ibagué, candidata a magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, docente del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué, investigadora del grupo Zoon Politikon.

de política monetaria, tal y como podrá observarse con mayor profundidad en los otros capítulos que integran esta publicación.

Resultado de esta identificación y análisis de las normas constitucionales y legales, se revisarán algunos de los autores representativos de la teoría normativa de soberanía monetaria, como lo son Jean Bodin, Thomas Hobbes y Georg Friedrich Knapp, por considerar que nuestro Estado se afilió a esta escuela desde la promulgación de la Constitución de 1886 hasta la actualidad.

En la parte final del documento, encontraremos una reflexión en torno a los retos que sobre soberanía monetaria se han presentado históricamente y otros nuevos que surgen como resultado del avance de las tecnologías; este análisis se produce desde la perspectiva del derecho penal económico, por ser el derecho penal la herramienta utilizada por el Legislador para prevenir y repeler las amenazas que pongan en riesgo su existencia y la integridad de los bienes jurídicos tutelados.

### **1.1. Antecedentes de la soberanía monetaria desde 1886 hasta la Constitución de 1991**

La Constitución Política de 1886 es resultado del proyecto centralista conocido como el periodo de la Regeneración, mediante el cual se abandonó el modelo federalista y las ideas liberales de la Constitución de Rionegro de 1863. Con esta, el Gobierno proclamó la soberanía esencial y exclusivamente en la nación, dentro de las que se desprende la soberanía monetaria.

Por esta razón, en el artículo 76, N°15, se estableció dentro de las facultades propias del Congreso la relativa a “fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda, y arreglar el sistema de pesas y medidas” (República de Colombia, 1886, p.21), facultad que se complementaba con las atribuciones asignadas al presidente de la República como suprema autoridad administrativa; en el artículo 120, N° 17, “corresponde al Presidente de la República (...) organizar el Banco Nacional, y ejercer la inspección necesaria sobre los Bancos de Emisión y demás establecimientos de crédito, conforme a las leyes” (República de Colombia, 1886, p.34).

De esta manera, a partir del año 1886 se crea el monopolio de la emisión de moneda, situación que antes de la promulgación de esta Constitución, no se daba, toda vez que el Banco Nacional<sup>3</sup> compartía esta función con los bancos privados, por lo que solo a partir de este año comienza la soberanía monetaria en Colombia.

---

<sup>3</sup> El Banco Nacional fue creado a través de la Ley 39 de 1880 como un primer intento de crear una banca central.

Se advierte que no puede considerarse el Banco Nacional como un Banco Central en sentido estricto, ya que el mismo no regulaba las reservas monetarias que debían mantener los bancos privados, ni estos podían acudir al primero, como prestamista de última instancia, ya que el mismo fue creado principalmente para que efectuara préstamos al Gobierno a través de la Ley 39 de 1880 (Cárdenas Pinzón, 2013).

Es de resaltar, que la soberanía monetaria buscó su refuerzo a través de la Ley 87 de 1886 por medio de la que se:

Prescribió el carácter de moneda legal de la República al billete del Banco Nacional, su recibo forzoso en el pago de las rentas y contribuciones públicas, al igual que en las transacciones entre particulares, y prohibió estipular cualquier otra especie monetaria en los contratos. (Hernández Gamarra, 2001, párr. 3).

Se afirma que “aunque el Gobierno intentó controlar la oferta monetaria, limitando legalmente la emisión, estos límites no fueron respetados y se llegó al punto de realizar emisiones clandestinas que llevaron al país a una inflación que aumentaba cada vez más” (Cárdenas Pinzón, 2013, p.76).

Esta situación, y en general, debido a la carencia de control y más específicamente de la falta de respaldo de los billetes que el mismo Banco Nacional expedía, llevó a que se ordenara su cierre para el año de 1894, plazo que se extendió dos años más, resultado de la guerra de 1895, que suspendió el proceso de liquidación de esta institución del Estado, por lo que se continuó ordenando al Banco expedir billetes hasta el año de 1898 (Correa, 2009).

Algunos años después, con el objetivo de superar los obstáculos que había tenido la política monetaria, se expide la Ley 33 de 1903 que reforma el sistema monetario y a través de la que comienza en Colombia el patrón oro, como unidad monetaria<sup>4</sup>. Otro aspecto para resaltar, es que en esta Ley se dispuso la prohibición de aumentar la emisión del papel moneda tanto por el Gobierno nacional como por los gobernadores departamentales, buscando conjurar la inflación y el proceso de devaluación de la moneda.

---

<sup>4</sup> Antes del patrón oro, vía ejecutiva, a través de los Decretos 104 y 217 de 1886, se habían designado a los billetes emitidos por el Banco Nacional, como patrón monetario. (Hernández Quintero, 2021)

Igualmente, se ordena la creación de la Junta Nacional de Amortización, que gozaría de personería jurídica y autonomía presupuestaria; asimismo, tendría la potestad de crear juntas de amortización seccionales, con las facultades de “cambiar billetes deteriorados por billetes nuevos, de convertir un papel por otro, de comprar, en subasta pública, papel destinado a la amortización, por giros sobre la Junta Nacional de Amortización, e incinerar papel” (Congreso de la República de Colombia, 1903).

En 1905 se ordena la creación del Banco Central, que solo cumpliría con la facultad propia de emisión durante cuatro años y terminaría desarrollando funciones de un banco privado. Esta institución estuvo seguida de la presentación entre los años de 1905 a 1922 de la radicación de quince proyectos de Ley ante el Congreso para la creación de un banco nacional de emisión (Hernández Gamarra, 2001).

Todos estos proyectos se vieron frustrados por la vigencia de la reforma constitucional de 1910, mediante la que se estableció la prohibición de emitir nuevo papel moneda de curso forzoso (Hernández Quintero, *Delitos económicos en la actividad financiera*, 2020), situación que se advertía en el artículo 7 de la mencionada normativa.

Durante los años 1922 y 1923 se produce una crisis económica que se evidencia en la escasez de dinero circulante. Por esto, el Gobierno pide autorización al Congreso para contratar una misión de expertos liderada por Edwin Kemmerer, con la que se modificó la legislación existente, y se crea la Ley 25 de 1923, mediante la cual nace por primera vez en Colombia, un verdadero banco central, a través de la creación del Banco de la República, con las funciones propias de una banca central (Hernández Gamarra, 2001).

El Banco de la República, como una empresa de economía mixta, fue creado inicialmente por un periodo de 20 años, que se prorrogó hasta el año 2072. La administración del Banco de la República fue confiada a la Junta Directiva de esta institución, con el objetivo de evitar replicar los errores de la política monetaria del pasado.

Desde la creación del Banco de la República, se resaltan las facultades exclusivas de emisión de la moneda, guardián de las reservas internacionales del país, que fungiría como banco de los bancos y como banco del Estado. Asimismo, en materia de política monetaria se evidencia en el periodo que siguió después de la creación del Banco de la República la eliminación en 1931 de la posibilidad de cambiar el papel moneda por su

equivalente en oro, la determinación de que todo pago al exterior debía tener la autorización del Banco de la República, se efectuaron modificaciones respecto a la calidad y cantidad de integrantes de la Junta Directiva, se otorgó al Banco por medio del Decreto Ley 756 de 1951 la facultad para diseñar políticas en materia monetaria, de crédito y de cambios; en consecuencia, el Banco quedó facultado para fijar las tasas máximas de interés que podían cobrar los bancos privados, entre otras.

En 1963, la Junta Directiva del Banco de la República pierde la facultad de crear y dirigir la política monetaria, la cual pasa a ser instituida por la Junta Monetaria, y ejecutada por la Junta Directiva, con todo, el Banco de la República mantuvo la emisión de moneda conforme a lo dictado por la Junta Monetaria (Valencia, 1998).

Empero, a través de la Ley 7 de 1973, se separaron y adicionaron las funciones de estas dos instituciones del Estado (Junta Monetaria y Junta Directiva del Banco de la República), dentro de los aspectos que se destacan de esta Ley, se advierte lo previsto en el artículo 1, el cual reza: “a partir del 20 de julio de 1973, el atributo estatal de la emisión será indelegable en los términos de esta Ley, y lo ejercerá el Estado por medio del Banco de la República” (Congreso de Colombia, 1973).

De la anterior cita, se destaca la emisión de moneda como un elemento esencial del Estado. Esta situación, aunque no está planteada en los mismos términos, se encuentra vigente en la Constitución de 1991, que dentro de los cambios que introdujo a la política monetaria antes estudiada, se observa la eliminación de la Junta Monetaria y en consecuencia, el traslado de las funciones de aquella nuevamente a la Junta Directiva.

No obstante, conviene aclarar en este punto, que si bien la política monetaria volvió a estar en cabeza del Banco de la República, este ejercicio se complementa con las funciones asignadas al Congreso y al presidente de la República, pues en el artículo 150, N°13, se establece la facultad de: “determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Y en el artículo 189, N° 21, 24 y 25, se advierte la facultad de inspección y vigilancia de algunos asuntos como los relativos a las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras, así como del crédito público, que si bien no hacen parte en específico de la política monetaria, sí tienen impacto en la misma.

Conviene resaltar también que en esta Constitución se determinó en el artículo 371 la naturaleza del Banco de la República, como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, igualmente se establecieron algunas finalidades que debe perseguir el Banco en sus actuaciones, como:

Regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Asimismo, en el artículo 372 se señalan las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República, así como su conformación, número, forma de elección, periodo. También en este artículo se designa al Congreso de la República para dictar normas sobre su organización, régimen legal, el funcionamiento de la Junta Directiva y del Consejo de Administración, período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.

Este artículo termina con la asignación de competencia al presidente de la República para ejercer la inspección, vigilancia y control conforme lo establezca la Ley, lo que nos permite afirmar que la política monetaria se elabora, ejecuta, vigila y controla de manera mancomunada entre los diferentes organismos del Estado (Banco de la República, Congreso y presidente).

Por otra parte, en el artículo 373 se resaltan otros objetivos del Estado sobre política monetaria, que se deberán alcanzar a través del Banco de la República, como velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, así como algunas prohibiciones y condiciones para el ejercicio de financiamiento a favor del Estado.

Estas normas constitucionales tuvieron su desarrollo legal a través de la Ley 31 de 1992, en la que puede encontrarse en los artículos 2, 4, 16, aspectos relacionados a la obligación de mantener la capacidad adquisitiva de la moneda, en el artículo 7 se señala que en forma exclusiva e indelegable el atributo estatal de emitir la moneda legal constituida por billetes y moneda metálica, en el artículo 8 se prescribe a la moneda de curso legal, en nuestro caso, el peso colombiano, como el único medio de pago

de curso legal con poder liberatorio ilimitado y en los artículos 9, 10, 11 pueden encontrarse aspectos relativos a la producción, destrucción, retiro y provisión de las especies que constituyen la moneda legal.

De acuerdo al análisis constitucional y legal que se ha adelantado sobre la política monetaria en Colombia, se advierte que nuestro Estado adoptó la tesis normativa de la soberanía monetaria, toda vez que bajo esta expresión se agrupan aquellos autores y Estados para los que la potestad monetaria es un elemento esencial del Estado, la cual se entiende integrada al concepto de soberanía estatal, por lo que consideran que es el Estado el que debe expresar su poder de emisión bajo signos monetarios y la creación de leyes a las que deberá sujetarse la moneda y quienes comercien con ella (Zapata de Arbeláez, 2012).

## **1.2. Teoría normativa de la soberanía monetaria y los retos desde la perspectiva del derecho penal económico**

A continuación, se expondrán los pensamientos de algunos autores más representativos de la teoría normativa de la soberanía, como Bodin, Hobbes y Knapp, con el fin de comprender con mayor profundidad las razones por las que afirmamos que Colombia, a partir de la Constitución Política de 1886 hasta la actualidad, se encuentra adscrita a esta teoría y en consecuencia, la forma en que nuestro Estado ha respondido a los antiguos y nuevos retos que tienen la capacidad de vulnerar o poner en riesgo la soberanía monetaria.

De esta forma, Bodin (1966) en su texto *Las seis repúblicas* afirma que: “el derecho de amonedar, es de la misma naturaleza que la ley y sólo quien tiene el poder de hacer la ley, puede dársela a las monedas” (p. 275). De esta cita se advierte, que Bodin identifica la facultad de emitir moneda como un derecho propio del Estado, tal y como ocurre con la potestad de elaborar la ley, por esta razón, será moneda solo aquella que provenga de un Estado, al cual le asisten algunos deberes que se desprenden de dicha potestad, y que la dota de confianza al público.

Estos deberes se pueden reseñar de la siguiente manera: el Estado debe impedir que las monedas que emiten se devalúen, sean volátiles y que sean falsificadas. Pues si las monedas sirven como depósito de valor, y las mismas se emiten sin tener en consideración aquellas situaciones que podrían hacer que pierdan su valor, como por ejemplo, un exceso de emisión de la misma, las personas y el Estado mismo se verán afectados en sus finanzas.

De otra parte, como quiera que la moneda sirve como unidad de cuenta, si la misma es variable o incierta o si es falsificada, afirma Bodin, nadie sabrá lo que tiene y por otro lado, pueden surgir desórdenes entre los súbditos, por lo que sugiere a los Estados prohibir la falsificación e imponer pena de prisión, puesto que: “la ley y el peso de la moneda debe ser regulado adecuadamente, para que ni príncipes ni súbditos la falsifiquen a su antojo. A ello estarán dispuestos siempre que se les presente ocasión, aunque se les quemé vivos” (Bodin, 1966, p.276).

Se advierte en consecuencia, que Bodin propone al derecho penal como una herramienta estatal para que, a través de lo que se conoce como prevención general, se persuada a las personas, incluso a quienes identificaríamos hoy como funcionarios públicos, de generar moneda espuria.

Por otro lado, frente a la forma de mantener la estabilidad del valor de la moneda, no precisa de manera alguna la forma en que podrían alcanzarlo los Estados, solo de manera general advierte que la emisión no debe favorecer los intereses de particulares.

Otro autor que podemos identificar adscrito a esta teoría, corresponde a Hobbes, quien afirma al igual que Bodin, que “el poder de acuñación es esencial al Estado” (Hobbes, 1651, pp.107-108); de esta forma, si un Estado perdiera la capacidad de emitir moneda, o sus súbditos o ciudadanos usaran como medio de pago un objeto diferente que desplazara a la moneda de curso legal, se producirían dos situaciones: o el Estado como lo conocemos dejaría de existir y en consecuencia, mutaría a otra forma de ejercer poder o desaparecería irremediamente.

Al respecto, conviene reflexionar como en la actualidad se pueden observar situaciones similares a las que acabamos de ilustrar, como es el caso, desde la esfera internacional, de aquellos Estados que renunciaron a su facultad de emitir moneda y en consecuencia acogieron monedas extranjeras, como ocurre con Ecuador, Islas Vírgenes (UK), Guam, Timor Oriental, Islas Marshall, Estados Federados de Micronesia, Palao, entre otros, que acogieron el dólar norteamericano. En el caso del El Salvador, este Estado acuñó el dólar norteamericano y adicionalmente el bitcoin<sup>5</sup>.

Situación similar ocurre con los países miembros de la Unión Europea, que es una comunidad política, en la que los Estados sin perder su

---

<sup>5</sup> Si bien en otros trabajos hemos señalado que el bitcoin no debe ser denominado moneda por no cumplir con los elementos esenciales de la misma, El Salvador, vía legislativa, aprobó el bitcoin como moneda de curso legal dentro de su territorio.

soberanía, se someten a las prescripciones de este organismo y al euro como moneda de curso legal. De esta forma, se advierte que desde los elementos esenciales del Estado en Hobbes, todos los países antes referenciados, habrían perdido la naturaleza de Estado y se estaría en la primera situación prevista: se trataría de una nueva organización política capaz de ejercer poder.

En el caso colombiano, se presenta una situación particular, pues si bien, como se pudo revisar en el aparte anterior de este documento, el peso colombiano corresponde a la moneda de curso legal, lo cierto es que Colombia ha sido una región en la que históricamente el Estado no ha llegado a todo el territorio, esta situación ha generado que algunas poblaciones utilicen medios diferentes de pago al momento de comerciar.

Tal es el caso de algunas veredas del Caquetá, una región que ha sido muy afectada por el narcotráfico y los grupos organizados al margen de la ley, en la que los campesinos y en general, sus habitantes, prefieren adquirir productos y servicios con gramos de cocaína, por lo que la misma sirve como unidad de cuenta, depósito de valor y medio de pago.

Así relataba el diario El Tiempo que en estas veredas se encontraban junto a las cajas registradoras pesas electrónicas o grameras, las cuales eran utilizadas para pesar la cocaína y facilitar el intercambio. Asimismo, en el 2007 se relataba que un desayuno equivalía a 1,5 gramos de cocaína y un helado podía costar 0.5 gramos de cocaína (El Tiempo, 2007).

La misma situación se reseñó en La Paz, Guaviare, municipio en el que se encontró que todos los productos se tasan en coca (El Tiempo, 2017); al respecto, cuando se analiza esta situación, de cara a los postulados de Hobbes y se trata de explicar las razones por las que se produjo este fenómeno, se encuentra que la falta de presencia estatal en estos territorios trae consigo que no se pueda ejercer soberanía (ni en sentido general, ni específico, como ocurriría con la soberanía monetaria).

Otro fenómeno que se ha evidenciado en los últimos años en Colombia, corresponde al uso de criptoactivos como el bitcoin, ya que de acuerdo con algunos diarios, es el país de Latinoamérica en el que más ha crecido el mercado del bitcoin (Dinero, 2017; BBC NEWS, 2018; Forbes, 2021; Portafolio, 2021), esto implica que algunos ciudadanos han abandonado el uso del peso colombiano como medio pago.

Ante esta situación, el Estado ha actuado a través de sus organismos de vigilancia y control (Superintendencia Financiera y Superintendencia

de Sociedades) y de la autoridad monetaria (Banco de la República) principalmente para repeler esta amenaza contra la soberanía monetaria, a través de diferentes conceptos y cartas circulares<sup>6</sup> que dan cuenta de un no respaldo de estas operaciones, la prohibición respecto de algunos sujetos cuya actividad económica se encuentra vigilada y la advertencia a los particulares sobre los riesgos de estas operaciones.

A través de estas acciones, el Estado ha reclamado para sí la soberanía monetaria. Con todo, se han presentado dos proyectos de ley ante el Congreso de la República por medio de los que se ha intentado regular el uso, comercialización y resguardo de los criptoactivos, sin que hayan tenido éxito. En la actualidad se encuentra adelantando un proyecto en la *sandbox* de la Superintendencia Financiera, para verificar la capacidad de cumplimiento de las normas antilavado de activos de las instituciones financieras y las casas de cambio de estos activos virtuales.

Por otro lado, se encuentra el economista Georg Friedrich Knapp, citado por Zapata de Arbeláez (2012), para quien “moneda será cualquier signo, aunque carezca de valor intrínseco, siempre que haya sido ‘proclamado’ por el Estado y recibido de él el poder liberatorio” (p.57); esto ha permitido identificar a Knapp como un teórico ajeno a la teoría metalista (como es el caso de Bodin, quien sugiere a los Estados la pureza de los metales utilizados en las monedas para evitar su falsificación), sino afiliado a una concepción que percibe a la moneda como un fenómeno jurídico.

En ese sentido, poco o nada importa, la calidad del material seleccionado para ser concebido moneda, siempre que el mismo provenga del Estado y haya sido dotado de símbolos que permitan su identificación como tal. Situación similar acontece en la realidad, tratándose del peso colombiano, el cual se percibe a través del papel moneda seleccionado por el Estado, por cumplir con unas cualidades que dificultan su falsificación, pero que no tiene un valor intrínseco ni se encuentra respaldado por ningún metal.

Esta postura ha sido acogida por la mayoría de países del mundo, lo que demuestra la vigencia de esta teoría, aunque por supuesto no exenta de críticas, por quienes consideran que la visión de Knapp es una teoría

---

<sup>6</sup> Al respecto, se recomienda consultar los textos “Responsabilidad de las personas jurídicas vinculadas al bitcoin.” Así como “Criptoactivos y las normas antilavado” ambos de mi autoría, en los que se podrá identificar los conceptos, cartas circulares y demás pronunciamientos que han emitido sobre el bitcoin en Colombia.

eminente jurídica, no siendo esta una razón suficiente para excluir la consideración económica, sino que más bien la exige (Zapata de Arbeláez, 2012; Bendixen, 1926).

Hasta este punto se han advertido algunas situaciones que ponen en riesgo la soberanía estatal, como: la falsificación de moneda, la inflación y devaluación de la moneda, la aparición y utilización de criptoactivos, etc. Empero, cuando se analizan otras conductas como: el tráfico de moneda falsificada, tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda, la emisión y circulación ilegales de moneda, se advierte que también tienen la potencialidad de poner en riesgo o lesionar efectivamente la soberanía monetaria.

Por esta razón, el derecho penal ha sido la herramienta histórica del Legislador, para prevenir y sancionar conductas que atentan —en nuestro caso— bienes jurídicos<sup>7</sup>. De esta forma, frente a las situaciones antes denunciadas, el bien jurídico tutelado, corresponde a la “Fe pública”<sup>8</sup>; con todo, la utilización de criptoactivos, por sus características, brinda la posibilidad a los criminales de actualizar tipos penales como el lavado de activos, la estafa, la defraudación o evasión tributaria, etc., que a su vez lesionan otros bienes jurídicos, como el orden económico social, el patrimonio económico y la administración pública.

Ante esta situación, el Legislador tendrá que analizar la vigencia de la descripción típica de los tipos penales en comento, para prevenir, detectar y sancionar estos delitos en el evento de producirse a través del uso de los criptoactivos. Asimismo, deberá continuar con la actualización de las técnicas, herramientas y materiales utilizados por los criminales para evitar el dinero espurio.

Finalmente, consideramos importante atender de manera real las situaciones que han llevado a que algunas poblaciones hayan desplazado el peso colombiano por otros medios de pago, derivados de actividades ilícitas, para que haya mayor presencia institucional y oportunidades para sus habitantes.

---

<sup>7</sup> Esta aclaración obedece a que existen otras teorías que han abandonado la tesis del bien jurídico protegido, como es el caso de la escuela funcionalista.

<sup>8</sup> Por esta razón, frente a este tipo de dineros, el Banco de la República se constituirá en el proceso penal como un interviniente especial, en calidad de víctima.

## Conclusiones

Colombia proclamó como una función propia del Estado la soberanía monetaria en la Constitución Política de 1886, empero, la misma sufrió toda una serie de dificultades que impidió ejercerla plenamente hasta 1923, año en el que se crea el Banco de la República, como una banca central de naturaleza mixta.

Con la Constitución de 1991, se resolvieron los inconvenientes relativos al diseño y ejecución de la política monetaria, funciones que eran ejercidas de manera individual por la Junta Monetaria y el Banco de la República. Así, esta Constitución proclamó al Banco de la República como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, que estaría encargado de regular la moneda, emitirla, administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del Gobierno y regular los cambios internacionales y el crédito público.

Esta es la razón que algún sector de la doctrina considera que solo hasta 1991 comienza a existir una verdadera banca central en Colombia, pues si bien, en la historia pueden encontrarse algunos ejemplos de creación de un banco estatal con potestad de emitir moneda, ninguno desempeñó todas las funciones que asumiría el Banco de la República en 1991 y que son propias de una banca central.

De acuerdo con el comportamiento normativo del Estado colombiano desde 1886 hasta la Constitución Política de 1991, se afirma que respecto de las dos grandes teorías que sobre soberanía monetaria se han creado, a saber, la tesis normativa y la tesis descriptiva, este se encuentra afiliado a la primera, toda vez que ha proclamado para sí el derecho de acuñar y su recibo forzoso como medio de pago, único con poder liberatorio capaz de extinguir obligaciones.

Empero, la soberanía monetaria enfrenta varios retos desde la perspectiva del derecho penal económico, de los que se destacan todos aquellos que atentan de manera directa o indirecta respecto de la autenticidad de la moneda, a través de la creación del dinero espurio, su puesta en circulación, la adquisición de herramientas y materiales para adelantar la falsificación, entre otros.

Con todo, la moneda también se puede ver afectada por otras situaciones, como la utilización de medios alternativos como medio de pago,

tal es el caso de la pasta de coca en algunos municipios de Colombia, así como por la utilización de criptoactivos por un gran número de la población, activo que por sus características, además de atentar contra la soberanía monetaria, permite que los criminales la utilicen para desarrollar delitos como el lavado de activos, entre otros, que genera nefastas consecuencias económicas en el país.

Por esta razón se insta al Legislador para analizar la vigencia de la descripción típica de los tipos penales identificados en este documento, para prevenir, detectar y sancionar estas conductas si las mismas llegaran a desarrollarse a través del uso de los criptoactivos.

Igualmente, se identifica como necesario seguir fortaleciendo los mecanismos de seguridad elegidos para la emisión del papel moneda y se atiende a través de una verdadera respuesta institucional las situaciones que han llevado a algunas poblaciones a preferir otros medios de pago respecto del peso colombiano, entendiendo que esta preferencia es solo un síntoma de los problemas históricos de nuestro país.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
- BBC NEWS-Miranda. B. (6 de marzo de 2018). Cómo Colombia se convirtió en el país de América Latina en el que más crece la compra y venta de bitcoins. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43219365>
- Bendixen, F. (1926). *La esencia del dinero*. Madrid, España: Editorial Revista de Occidente.
- Bodin, J. (1966). *Los seis libros de la república*. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Instituto de Estudios Políticos. Recuperado de <https://esepuba.files.wordpress.com/2013/10/1er-enc-bodino-jean-los-seis-libros-de-la-republica.pdf>
- Cárdenas Pinzón, J. I. (2013, julio-diciembre). Evolución histórica del Banco de la República en Colombia: una aproximación. *Finanzas y Política Económica*, (5)2, 71-87. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/fype/v5n2/v5n2a05.pdf>
- Congreso de Colombia. (1973). Ley 7 de 1973. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79922>
- Congreso de la República de Colombia. (1903). Ley 33 de 1903. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Documents/ley\\_33\\_de\\_1903\\_congreso\\_de\\_la\\_republica.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/ley_33_de_1903_congreso_de_la_republica.aspx#/)
- Correa, J. S. (2009). Del Radicalismo a la Regeneración. La cuestión monetaria (1880-1903). *Revista de Economía Institucional*, (11)21, 161-178. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/419/41911848010.pdf>
- Dinero. (2017). Cómo Colombia llegó a ser el país latino en el que más crece el mercado del bitcoin. Recuperado de <https://www.semana.com/economia/articulo/como-en-colombia-crecio-el-mercado-de-bitcoin/256116/>
- El Tiempo. (2007). Un pueblo donde el dinero es coca. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2484852>
- El Tiempo. (2017). La Paz, un pueblo colombiano en el que la comida se paga con coca. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/la-paz-vereda-en-guaviare-en-donde-su-moneda-es-la-pasta-de-coca-137600>
- Forbes. (2021). Colombia, en el 'top' 10 de países con mayor adopción de criptomonedas. Recuperado de <https://forbes.co/2021/03/02/economia-y-finanzas/colombia-en-el-top-10-de-paises-con-mayor-adopcion-de-criptomonedas/>

- Hernández Gamarra, A. (marzo de 2001). La banca central en Colombia: Banco Nacional (1880), Banco Central (1905), Banco de la República (1923). *Credencial Historia*, 135. Recuperado de <https://www.banrepultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-135/la-banca-central-en-colombia>
- Hernández Quintero, H. A. (2020). *Delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Hernández Quintero, H. A. (2021). La banca central en la Constitución de 1991. *Revista Dos Mil Tres Mil*, 23, 1-20. <https://doi.org/10.35707/dostres-mil/23311>
- Hobbes, T. (1651). *El Leviatán*. Freeditorial. Recuperado de <http://www.suneo.mx/literatura/subidas/Thomas%20Hobbes%20Leviatan.pdf>
- Portafolio. (22 de febrero de 2021). Colombia, una de las naciones donde más se negocia bitcoin. Recuperado de <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/bitcoin-en-colombia-una-de-las-naciones-donde-mas-se-negocia-la-criptomoneda-549372>
- República de Colombia. (1886). *Constitución política de 1886*. Bogotá, Colombia: Imprenta de Vapor de Zalamea hs.
- Valencia, G. (1998). La banca central en Colombia. *Borradores de Economía*, 97. Recuperado de <https://repositorio.banrep.gov.co/handle/20.500.12134/5116>
- Vargas Nieto, T. (2020). Criptoactivos y las normas antilavado. En H.A. Hernández Quintero (Coord.). *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, (pp. 117-134). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/978958754330806>
- Vargas Nieto, T. (2020). La función de control de la Superintendencia Financiera frente a las personas jurídicas vinculadas al bitcoin. En H. A. Hernández Quintero (Ed.), *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia*, (pp. 99-118). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/978958754354404>
- Zapata de Arbeláez, A. (2012). *Gobernabilidad monetaria y financiera internacional: contribución al estudio jurídico de los instrumentos normativos del derecho monetario y financiero internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/media/gobernabilidad-monetaria-y-financiera-internacional.pdf>

## 2. La regulación constitucional de la actividad financiera en Colombia y su incidencia en el derecho penal económico

Hernando A. Hernández Quintero<sup>9\*</sup>

### Introducción

En la economía de un país es corriente que algunas personas naturales o jurídicas tengan excedentes que desean invertir para obtener sobre ellos intereses compensatorios y remuneratorios. Estos son reconocidos como superavitarios. Existe por otro lado un grupo de personas que requieren recursos para cubrir sus necesidades o ampliar sus negocios o empresas, los cuales son catalogados como deficitarios. En medio de estos sectores se encuentran entidades dispuestas a servir de enlace entre superavitarios y deficitarios, a cambio del reconocimiento de un porcentaje de lo transado. Estas entidades se conocen *como entidades de intermediación financiera* y el valor de lo reconocido por su operación constituye el llamado *margen de intermediación financiera*, que debe advertirse, en el caso colombiano, es uno de los más altos del mundo.

Cuando el dueño del dinero lo requiere a un corto plazo, lo tradicional es que utilice el sistema bancario mediante cuentas corrientes o de ahorro, en lo que se conoce como depósitos a la vista, es decir que el titular puede hacer uso de ellos en cualquier momento. Esta figura es de-

---

<sup>9\*</sup> Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor titular de la Universidad de Ibagué. Docente de posgrado en las universidades Externado de Colombia; Libre de Colombia (Bogotá, Cali), Pontificia Bolivariana de Medellín; Simón Bolívar de Barranquilla; Santo Tomás de Bucaramanga y de Ibagué. Integrante del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Investigador Emérito de Colciencias. Correo electrónico hahernandezq@hotmail.com. ORCID 0000-0001-7366-3719.

nominada mercado de dinero. Cuando, por el contrario, no tiene urgencia de usar el circulante, lo aconsejable es invertir los fondos a un mayor plazo, desde luego con una mejor ganancia, lo cual permite a las entidades comprometerlo en créditos a mayor plazo. Esta intermediación es conocida como *mercado de capitales*. El mercado de capitales incluye, además, la emisión y negociación de acciones y de bonos emitidos por empresas, lo cual estimula el funcionamiento de las bolsas de valores (Hernández, 2019, p.217).

La importancia de la actividad comentada ha merecido que la Constitución le reconozca el carácter de interés público y que para ejercerla se requiera expresa autorización del Estado, como explícitamente lo señala el artículo 335 de la Carta.

Desde la Constitución de 1886 se ha procurado regular en Colombia la actividad económica y, de contera, la actividad financiera. Así, podemos encontrar en esa Carta mandatos como que el interés privado debe ceder al interés público y se consagran allí disposiciones relativas a la propiedad privada (artículo 32). Otras normas otorgaron a las autoridades la facultad de inspeccionar las industrias, las profesiones, las instituciones de utilidad común, la educación, los bancos de emisión y demás establecimientos de crédito (artículo 44, inciso 2º, artículo. 120, núm. 17) (Hernández, 2020, p.63).

En 1923, con la expedición de las leyes 25 y 45, que crearon el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria, se dio un gran impulso al sector financiero y se reguló, por primera vez, de manera organizada, el sistema bancario nacional.

En la reforma constitucional de 1936, imbuida de los vientos renovadores de la Revolución en Marcha, que impulsaron el presidente Alfonso López Pumarejo y su ministro de Gobierno, el tolimense Darío Echandía, se concretó la intervención del Estado en la economía, bajo la marcada influencia de las constituciones de México (1917), Weimar (1919) y España (1931).

En esta importante reforma, contenida en el Acto Legislativo 1 de 1936, se consagró en el artículo 11:

El Estado puede intervenir, por medio de leyes, en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Parágrafo: Las leyes que se dictan en ejercicio

de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

En el año de 1968, luego de conocidos acuerdos políticos entre el gobierno liderado por el presidente Carlos Lleras Restrepo y el jefe de la oposición (Movimiento Revolucionario Liberal, MRL), orientado por Alfonso López Michelsen, se aprobó otra reforma constitucional (Acto Legislativo 1 de 1968), en la que se avanzó en la regulación de la intervención del Estado en la economía. La disposición precisa:

Artículo 32: Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.

El profesor Jaime Vidal Perdomo (1986), uno de los grandes artífices de la reforma constitucional de 1968, comenta con autoridad la forma como se gestó la mixtura entre la libertad de empresa y la iniciativa privada, siempre que se procure el bien común. Sobre el punto en concreto expresa el constitucionalista:

Curiosamente fue entre nosotros un movimiento político que se llamaba asimismo ‘revolucionario’, el MRL, que acaudillaba entonces el senador Alfonso López Michelsen, el que llevó a la Constitución, en la reforma de 1968, la garantía de la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, según se lee en el nuevo art. 32. (Vidal Perdomo, 1986, p.107).

Asimismo, en la reforma, se incluyó en el artículo 120, el numeral 14, que autorizó la intervención presidencial en el ahorro privado y en el banco de emisión (Banco de la República). La norma es del siguiente tenor:

Corresponde al Presidente de la República, como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el banco de emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

En el numeral 15 de la norma citada, se señala como facultad del primer mandatario: “Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes”.

Frente a las normas comentadas, se presentó en su momento un álgido debate en torno a la intervención presidencial en el ahorro privado, esto es, sobre la inquietud de la vigencia de la cláusula general de competencia del Congreso (artículo 76 C.N.) o la potestad de legislar en esta materia con carácter privativo por el señor presidente de la República (artículo 120, numeral 14.C.N.), al igual que la posibilidad de que la gestión se ejerciera conjuntamente.

El doctor Sergio Rodríguez Azuero, experto tratadista sobre los temas del sector financiero, comenta como la audaz reforma mencionada en precedencia generó más incertidumbres que certezas por los debates que se presentaron ante las altas corporaciones de justicia.

La reforma más significativa se produjo en 1968, cuando en un giro audaz y muy sustancial se le asignó al Presidente de la República, como facultad propia, la de regular las actividades de las entidades que captaran, administraran o invirtieran el ahorro del público, y aunque si bien ésta pareció constituirse en uno de los avances más importantes, las interpretaciones sobre el verdadero alcance de las facultades del Presidente y los conflictos que se suscitaron a nivel de los altos tribunales, en frecuentes desacuerdos, comprometieron en parte la eficacia que hubiera podido asignársele a esta atribución. (Rodríguez, 2019, p. 77).

Como se advierte del anterior comentario, el tema en estudio despertó el interés de los académicos que, en forma profusa, se manifestaron<sup>10</sup>, al igual que de las altas corporaciones judiciales que se pronunciaron en repetidas ocasiones sin encontrar un criterio uniforme. Al respecto, pueden citarse las siguientes decisiones: Corte Suprema de Justicia: 12 de junio de 1969 (M.P. Dr. Hernán Toro Agudelo), 18 de agosto de 1972 (M.P. Dr. Guillermo González Charry), 14 de diciembre de 1973 (M.P. Dr. Eustorgio Sarria), 17 de abril de 1975 (M.P. Dr. Juan Benavides Patrón), 15 de mayo de 1981 (M.P. Dr. Mario Latorre Rueda), 9 de junio de 1987 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) y 24 de septiembre de 1987 (M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora), Consejo de Estado: 4 de mayo de 1971, 6 de mayo de 1974 (C.P. Dr. Alfonso Arango Henao), 14 de junio de 1974 (C.P.

<sup>10</sup> Sobre el tema concreto puede revisarse la Revista de Derecho Económico: Aguirre Carillo (1984), Restrepo Piedrahita (1984) y Salazar Manrique (1984).

Dr. Humberto Mora Osejo), 4 de febrero de 1976 (M.P. Dr. Carlos Galindo Pinilla), 25 de agosto de 1976, 6 de octubre de 1976 (C.P. Dr. Miguel Lleras Pizarro), 17 de febrero de 1978, 18 y 29 de junio de 1984 y 23 de noviembre del mismo año.

## **2.1. La intervención del Estado en la economía en la Constitución de 1991**

En la Carta de 1991, el tema económico constituyó motivo de especial preocupación, lo cual puede verse en la consagración, por primera vez, de un Título, el XIII, al que se denominó “Del régimen económico y de la hacienda pública”. Allí, se destacan los artículos 333 y 334.

En el primero se consagra el principio de la libertad económica y la iniciativa privada, los cuales son limitados, en la propia disposición, por “el bien común”. Se reitera también el mandato de la función social de la propiedad.

**Artículo 333.-** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En el artículo 334, se pregona que la dirección de la economía estará a cargo del Estado y que este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios, lo que llevó a afirmar al doctor Hugo Palacios Mejía (1975), que “el dirigismo económico ha sido elevado a canon constitucional” (p.220).

**Artículo 334.-** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y

consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

El criterio constitucional de la libre competencia económica fue explicado ampliamente en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, por el doctor Guillermo Perry Rubio (1997), en los siguientes términos:

Quando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad. (Perry Rubio, 1997, p.128).

Por esta vía, concluye el autor, el derecho a la libre competencia beneficia tanto a los productores como a los consumidores y usuarios, toda vez que se limita el poder monopolístico o el abuso de la posición dominante.

La Corte Constitucional en Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992, concluye que la libertad económica a que se refiere la carta fundamental "...es una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio". En la misma decisión la Alta Corporación declara que esta libertad económica tiene rango de derecho fundamental, toda vez que la Constitución de 1991 amplió significativamente su ámbito y grado de protección<sup>11</sup>. De igual forma, la Corte ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la de empresa y la de competencia<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Sobre el tema puede consultarse también la Sentencia C-616 de 2001.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 14 de marzo de 2012. Este criterio se sostiene también en las sentencias: C-616 de 2001; C-389 de 2002; C-992 de 2006; C-489 de 2005 y C-228 de 2010.

De las disposiciones citadas se concluye, sin duda alguna, que Colombia cuenta en su Carta Constitucional con una “economía mixta”, “economía social”, “regulada” o “intervencionista”, en la cual, respetando la propiedad privada, la empresa individual y la iniciativa privada, se limita su desarrollo en procura del bien común, el cual se garantiza por medio de la intervención del Estado (Hernández, 2020, p.141).

Sobre el tema se ha pronunciado en repetidas ocasiones la Corte Constitucional. En efecto, en Sentencia C-228 de 2010, concluyó la Alta Corporación:

El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación (Art. 333) y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y; en especial a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico.

Más tarde, en la Sentencia C-197 de 14 de marzo de 2012, la Corte sostuvo:

La constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor del desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero

por otro, se asigna al Estado no solo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales). La intervención del Estado en la economía busca entonces conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad. En este sentido el artículo 334 de la Carta dispone que el Estado intervendrá en la economía para racionalizarla [...] con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano<sup>13</sup>.

Por iniciativa del Gobierno Nacional, a través del Acto Legislativo 3 de 2011, se modificó el artículo 334 de la Carta para introducir el principio de sostenibilidad fiscal.

**Artículo 334.- Modificado. A.L. 3/2011, artículo 1.** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones

<sup>13</sup> Sobre la intervención del Estado en la economía también pueden consultarse las sentencias C-397 de 7 de septiembre de 1995; C-150 de 25 de febrero de 2002; C-865 de 7 de septiembre de 2004; C-228 de 24 de marzo de 2010 y C-263 de 6 de abril de 2011.

judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de las sentencias en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. - Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Si bien la Corte Constitucional, en Sentencia C-228 de 2012 declaró la exequibilidad de la disposición, algunos comentaristas como José Gregorio Hernández Galindo (2021), son de la idea que con la reforma mencionada se pretendió sustituir la Constitución y que con ella se buscaba hacer depender de dictámenes técnicos los compromisos del Estado, propósito que no es posible, pues la sostenibilidad fiscal no prevalece sobre los principios superiores del Estado. Al respecto afirma el exmagistrado de la Corte Constitucional:

Del contenido de la aludida reforma se desprende, a nuestro juicio, que se buscó sustituir la Constitución, pero –como también resulta de las transcritas expresiones de la Corte Constitucional, indispensable para la interpretación de la norma– una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales, en su conjunto, nos permite concluir que permanece en pleno vigor normativo las obligaciones estatales de garantizar la vigencia, actualidad y efectividad del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales.

En efecto, aunque los autores del texto aprobado, confiando en que unas cuantas palabras introducidas en el texto del artículo 334 de la Carta Política podían postergar indefinidamente los compromisos del Estado Social, haciéndolos depender exclusivamente del dictamen técnico-administrativo-financiero acerca de si en un momento dado, hay o no la sostenibilidad fiscal que permita la aplicación de sus postulados. Una lectura integral de la Constitución y su razonable entendimiento conducen a sostener el carácter subalterno y relativo del concepto de sostenibilidad fiscal, que no puede argüirse como excusa para dejar de cumplir oportunamente las perentorias obligaciones y cargas en cabeza del Estado y de los particulares en cuanto a los derechos fundamentales. (Hernández Galindo, 2021, pp. 137-138).

## 2.2. La intervención del Estado en el sector financiero en la Constitución de 1991

Para superar las controversias jurídicas que generó la reforma constitucional de 1968, en relación con la intervención del presidente de la República en el Banco Central y el ahorro privado, frente a la facultad del Congreso de la República para legislar en esos temas en forma exclusiva, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 diseñó un sistema, a nuestro juicio adecuado, en el cual la función comentada se ejerce, en forma compartida por las dos ramas del poder público (Legislativo y Ejecutivo), sin que se presente la posibilidad de un choque de poderes.

De esta forma, en el artículo 150 de la Carta, que corresponde a las funciones del Congreso de la República, se establece con claridad:

**Artículo 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...19. Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

...d) Regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamientos e inversión de los recursos captados del público.

21. Expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

22. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su junta directiva.

De otra parte, en el artículo 189 de la Constitución Política, se consagran las funciones que le corresponde desarrollar al presidente de la República en relación con la intervención en las actividades financieras. Esta disposición precisa:

**Artículo. 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

...24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, aseguradoras 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.

25. Organizar el crédito público: reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.

En el artículo 335 de la Carta, como ya se había anotado, se establece que el ejercicio de la actividad financiera, bursátil y aseguradora, debe contar con autorización previa para su ejercicio. De allí deviene, con claridad, el delito que el Legislador consagró en el Código Penal en el artículo 316 conocido como *captación masiva y habitual de dineros* y a partir del año 2008, la conducta que sanciona la no devolución de los dineros captados en forma ilegal (artículo 216 A). La norma constitucional preceptúa:

**Artículo 335.** La actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

El reparto de la responsabilidad de regulación, inspección, vigilancia y control del sistema financiero, bursátil y asegurador entre el Legislativo y el Ejecutivo, ha merecido reiteradas decisiones de la Corte Constitucional, con el fin de precisar su alcance.

Así, en Sentencia C-955 de 2000, el Alto Tribunal Constitucional señaló que resulta necesario delimitar, en términos abstractos, las competencias del Congreso y el Gobierno en el campo de la regulación materia de estudio –la que recae sobre las actividades financieras, bursátil y aseguradora– y diferenciar también el objeto de las leyes ‘marco’ a las que se refieren los artículos 150, numeral 19, literal d), y 335 de la Constitución Política y el asignado también por la Carta, a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. La decisión agrega que:

En cuanto al primer aspecto, ha de insistirse en que, con toda nitidez, las normas constitucionales y la jurisprudencia han demarcado las órbitas legislativa y gubernamental en cuanto al ejercicio de las funciones estatales previstas en el artículo 150, numeral 19, del Estatuto Fundamental.

Obsérvese inicialmente que tales campos de competencia no se confunden, y definitivamente no puede afirmarse que sea indiferente la normatividad básica al respecto, de modo que en los indicados temas no todo lo puede hacer el Congreso ni tampoco corresponde al Ejecutivo hacerlo todo. Hay —se repite— unas zonas bien demarcadas, propias de cada una de las ramas, y, como expresó la Corte en la sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, no es dable a ninguna de ellas apropiarse de la esfera asignada a la otra, y, si una de las dos lo hace, actúa inconstitucionalmente, con la necesaria consecuencia de la invalidez e ineffectividad de lo que, extralimitándose en sus atribuciones, haya producido.

Repárese también en que la diferencia entre lo que atañe al Congreso y al Gobierno, a la luz de los mencionados preceptos superiores (art. 150, numeral 19, literal d), y 335 C. P.), no está señalado a partir de una discriminación por materias. No se trata de los mismos asuntos —la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público—, pero la competencia está repartida entre el Legislador y el Ejecutivo, según el momento en que obre cada uno respecto de los temas en cuestión: la fijación de políticas, orientaciones y criterios, en términos generales y abstractos, es del resorte exclusivo del Congreso; la concreción, en normas o medidas específicas, fundadas en la ley, pero limitadas por el marco de la misma, está en cabeza del Gobierno, a no ser que, en razón de su contenido, la competencia para expedirlas o adoptarlas esté constitucionalmente asignada a la misma Rama Legislativa —evento en el cual la norma tendrá, por fuerza, que ser específica—, a la Junta Directiva del Banco de la República, o a otro órgano del Estado. (Sentencia C-955 de 2000).

### **2.3. Instituciones a través de las cuales el ejecutivo ejerce las actividades de inspección, vigilancia, control e intervención en el sector financiero**

Con el fin de atender sus responsabilidades constitucionales, el Gobierno colombiano expidió la Ley 35 de enero 5 de 1993, incorporada luego al Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero):

Por medio de la cual se dictan las normas generales y se señalan los criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno nacional para regular las actividades contenidas en el numeral 19, literal d), artículo 150 de la Carta Política y se dictan otras disposiciones en materia financiera.

En la precitada Ley 35 de 1993, en el artículo 10, se establece que el Gobierno ejercerá la inspección y vigilancia que constitucionalmente le corresponde sobre el sector financiero, a través de la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores. La exequibilidad de la ley en estudio fue declarada por la Corte Constitucional en Sentencia C-496 de septiembre 15 de 1998. Allí se afirma:

De los preceptos constitucionales mencionados se deduce que el Congreso es el órgano encargado de señalar las pautas que regirán las labores de inspección, vigilancia y control sobre las actividades a las que aluden los numerales 24 y 25 del artículo 189 de la Carta. Ello se realizará a través de leyes marco –como ocurre con las que se dictan con base en el numeral 19 del artículo 150– o por medio de leyes ordinarias, como es el caso de las que se fundamentan en el numeral 8 del mismo artículo.

El Congreso fija las directrices de acción en estas áreas y el gobierno las desarrolla, las lleva a la práctica. Estas funciones tienen ante todo un carácter administrativo, razón por la cual se puede concluir que en ellas el Presidente de la República actúa como suprema autoridad administrativa. Esta situación autoriza al Congreso a disponer la desconcentración de estas funciones, para lo cual puede crear instituciones especializadas que realicen esas tareas, de acuerdo con la atribución que le señale el numeral 7 del artículo 150.

Importa recordar que esta corporación ya ha señalado reiteradamente que ni el presidente ni las personas que, de acuerdo con el artículo 115 de la Carta, conforman el gobierno, están en condiciones materiales de cumplir por sí solos, con las tareas que imponen los numerales 24 y 25 del artículo 189. Ello significa que se requiere de la creación de instituciones que tengan la capacidad de atender esas labores. Las mencionadas entidades –un prototipo de las cuales son las superintendencias– no actúan de manera autónoma, sino bajo la dirección del Presidente de la República, titular constitucional de la función de inspección y vigilancia. Estos organismos a los cuales la ley asigna competencia, los desarrollan bajo el control, dirección y orientación del presidente y del ministro del ramo.

Los anteriores argumentos permiten rechazar el primer cargo formulado por el actor, acerca de que con las normas acusadas el Congreso está interfiriendo en las funciones propias del Presidente de la República. Las funciones contempladas en los numerales 24 y 25 del artículo 189 son compartidas entre el Presidente y el Congreso, y cuando este último crea entes técnicos para que sirvan de soporte al ejercicio de esas funciones, garantiza a través del mecanismo de la desconcentración su adecuada realización. (Sentencia C-496 de septiembre 15 de 1998).

En cuanto al mercado de valores, en desarrollo de la Ley 35 de 1993, el Gobierno nacional dictó el Decreto 653 de 1993, en el cual se precisaron las funciones de la Superintendencia de Valores, entidad creada con la Ley 32 de 1979 como Comisión Nacional de Valores y luego elevada a rango de Superintendencia por la Constitución de 1991<sup>14</sup>. Por medio de la Sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1996, la norma fue declarada inexecutable. Para superar esta dificultad, el Congreso tramitó la Ley 964 de julio 8 de 2005:

Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.

Finalmente, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 4327 de 2005, por medio del cual se fusionaron las Superintendencias Bancaria y de Valores, para crear la Superintendencia Financiera de Colombia, Superfinanciera. En el artículo 7° de la disposición se establece que el presidente de la República, de acuerdo con la Ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades: financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. Este mandato se reitera en el Decreto 2555 de 2010, en el cual se reúne y reexpide en único decreto reglamentario las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores.

En vigencia de esta nueva normativa, la Corte Constitucional volvió a referirse a la intervención del Estado en el sector financiero, precisando la importancia de la Superintendencia Financiera en el propósito de garantizar la confianza del público en dicha actividad, la prevención de conductas delictivas y proteger a los terceros de buena fe. La Corte en la decisión C-860, del 18 de octubre de 2006, expresó:

Desde la anterior perspectiva, las actividades bancarias, bursátil, aseguradora o cualquier otra vinculada con la captación de recursos de los inversionistas

<sup>14</sup> Con el Decreto 2739 del 6 de diciembre de 1991, el Gobierno Nacional, en ejercicio del artículo 52 transitorio de la Constitución Política de 1991, establece que en el futuro la Comisión Nacional de Valores se llamará Superintendencia de Valores, se adscribe al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y precisa su estructura orgánica y precisa sus funciones.

o ahorradores se encuentran sometidas a un régimen estricto de intervención del Estado, en el sentido de requerir autorizaciones previas para su funcionamiento, e igualmente, son constantemente vigiladas y controladas por organismos gubernamentales de carácter técnico, llamado a ejercer funciones de policía administrativa, como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia, con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos, en especial, relacionados con el lavado de activos, y proteger los intereses de terceros de buena fe que puedan resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas. (Sentencia C-860, del 18 de octubre de 2006).

En razón a que el artículo 189 de la Carta ubicó en el numeral 24 la responsabilidad del presidente de la República de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y en el numeral 25 entrega también al presidente la responsabilidad de ejercer la intervención sobre las actividades reseñadas en precedencia, la doctrina ha buscado delimitar el alcance de cada una de estas actividades. De esta forma, el profesor Jorge Enrique Ibáñez concluye que esa intervención es la propia actividad de la policía económica que ejerce, a nombre del Gobierno, las superintendencias. Concluye sobre el tema el hoy magistrado de la Corte Constitucional:

Tales funciones de inspección, vigilancia y control pueden ser subjetivas (sobre las personas naturales o jurídicas que se dediquen a realizar tales actividades) u objetivas (sobre tales actividades). Se trata de una actividad de policía administrativa, propia del poder de policía administrativa, que cumplen el gobierno o las superintendentes en los cuales éste delegue, mediante la realización de visitas, solicitud de informes, realización de seguimientos, imposición de sanciones, etc. Y que, por regla general, conlleva la adopción de decisiones de carácter particular y concreto. En consecuencia, no conlleva el ejercicio de competencias normativas, excepto las meramente operativas para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia. (Ibáñez, 2006, pp.90-91).

La última función está prevista en el artículo 189, numeral 25, de la Constitución Política, al tenor del cual corresponde al presidente de la República ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión

de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley. Para tal efecto, el artículo 335 de la Constitución establece que la ley ‘regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias’.

Se trata, asimismo, de una función de policía administrativa, necesaria especialmente para garantizar la confianza en el sistema financiero, bursátil y asegurador, que va más allá de las simples funciones de inspección, vigilancia y control y que les permiten a las autoridades adoptar y ejecutar decisiones de toma de posesión para administrar o liquidar, remover administradores, adoptar seguridades especiales etc. (Ibáñez, 2006, pp.93-94).

De otra parte y para completar el panorama de la inspección, vigilancia y control del sistema financiero, por parte del Ejecutivo, es prudente señalar que con la Ley 454 de 1998, se creó en el país la Superintendencia de la Economía Solidaria, Supersolidaria<sup>15</sup>, entidad encargada de vigilar a las cooperativas diferentes a las financieras, al igual que a los fondos de empleados, instituciones que administran recursos de sus propios afiliados.

La importancia de la inspección, vigilancia, control e intervención del Estado en el sector financiero es de tal trascendencia que puede evidenciarse en Colombia en cuanto las causas, efectos y solución de las crisis financieras que el país enfrentó en 1982, en 1998, 2001 y el 2008<sup>16</sup>. Al respecto debe señalarse que los más autorizados comentaristas económicos dejaron sentado que en la crisis que estalló en 1982, se observó el “relajamiento de los controles” (Montenegro, 1984, p.64). “La pasmosa indiferencia (¿complicidad?), ineptitud y pesadez de los organismos de control en la defensa de los intereses del público ahorrador” (Cifuentes, 1986, p.123). En esa ocasión fueron intervenidos varios bancos como el Nacional, el de Colombia, el Estado, el del Comercio y el de los Trabajadores. Algunos fueron liquidados y otros, debidamente saneados, a costa del Estado colombiano, regresaron a los particulares. De otra parte, 72 000 ahorradores resultaron defraudados y la suma de los recursos que

---

<sup>15</sup> La Superintendencia de la Economía Solidaria, reemplazó al Departamento Nacional de Cooperativas, DANCOOB, creado por la Ley 24 de febrero 24 de 1981. EL DANCOOB, a su turno, había reemplazado la Superintendencia Nacional de Cooperativas, creada por el Decreto 1598 de 1963 con el Decreto 1958 de 1963 (Sierra Jaramillo, 1980, p.178).

<sup>16</sup> Un estudio completo de estas crisis puede encontrarse en Hernández Quintero, Hernando A. (2021). Crisis financieras: su impacto económico y la respuesta del derecho penal. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. No. 373, enero-junio/21. Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, pp. 383 a 403.

el Estado utilizó para superar las dificultades ascendía en 1987 a \$153 222 millones de la época (Delgado & Roda, 1988, s. p.).

Asimismo, la crisis de los años noventa (1998-2001), que a decir de los entendidos en la materia, ha sido la más profunda y costosa de todas las que tuvieron lugar en nuestro país durante el siglo XX, fue sorteada con éxito, sin los traumatismos del pasado, gracias a la existencia del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras<sup>17</sup>. En esta oportunidad, se intervinieron, con fines de liquidación, 24 establecimientos de crédito y se canceló por concepto de seguro de depósito la suma de \$ 67 mil millones a los ahorradores (FOGAFIN, Universidad Externado de Colombia, 2000, p.105).

El 2 de noviembre de 2012, con la Resolución 1795, la Superintendencia Financiera tomó posesión de los bienes, haberes y negocios de la firma Sociedad Comisionista de bolsa, INTERBOLSA, S.A., la más grande del mercado de valores de la época. Más tarde se ordenó su liquidación por medio de la Resolución 1125 de 8 de julio de 2014 de la entidad de alta policía económica. La pérdida en este descalabro financiero se afirma ascendió a medio billón de pesos. En esta oportunidad, la Procuraduría General de la Nación sancionó al Superintendente Financiero con una suspensión del cargo de 10 meses por no haber adoptado medidas para impedir el desastre financiero. Con todo, algunos autores son de la idea que el manejo que se dio a la crisis fue acertado por parte de las entidades de vigilancia y control. Al respecto, Valencia (2014) concluye en su importante investigación sobre este descalabro financiero:

Sin embargo, y a pesar de los duros cuestionamientos que se les han hecho a las autoridades de supervisión por no haber intervenido a tiempo, hay que reconocer que fue acertado el manejo que se le dio a la crisis –para evitar un contagio mayor sobre todo el sistema– dado el tamaño y la participación que tenía InterBolsa en el mercado bursátil. (Valencia, 2014, p.223).

Finalmente, en el año 2008, se presentó el desplome de las captadoras ilegales de dinero DMG, liderada por David Murcia Guzmán y Dinero Rápido, Fácil y Efectivo, que orientaba Carlos Alberto Suárez, haciendo desaparecer, como por encanto, cerca de 2.1 billones de pesos. Se afirma

<sup>17</sup> A raíz de la crisis de 1982 y la ineficaz respuesta del Estado a los ahorradores, por medio de la Ley 115 de 1985, se creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN.

que DMG, en seis años captó 4.8 billones de pesos (El Tiempo, 2009, 6 de agosto, pp.1-5). En esta crisis también se sostiene que la Superintendencia Financiera intervino en forma tardía, pues era evidente que todo el país sabía de las captaciones ilegales que, en su momento, en razón a los descomunales intereses que se ofrecían, atrajo a ingenuos y codiciosos ahorradores (Hernández, 2018, p.166).

#### **2.4. El Banco de la República como entidad de regulación financiera**

Es conocido que el primer intento de crear un banco central en Colombia data de 1880, cuando la Ley 39 autorizó la creación del Banco Nacional, entidad que fracasó en su propósito por la emisión incontrolada de dinero que generó una gran inflación en el país. Luego, atendiendo las recomendaciones de la Misión Kemmere, se dictó la Ley 25 de 1923, que creó el Banco de la República, como una sociedad de carácter mixto, con participación del Gobierno y de bancos nacionales y extranjeros. En 1963, con el objeto de separar las funciones de dirección de la política monetaria, cambiaria y crediticia, de su ejecución, aparece la Junta Monetaria (Ley 21 de 1963), entidad encargada del diseño de estas políticas, en cuanto el Banco de la República se encargaba de su ejecución. A través de la Ley 7 de 1973<sup>18</sup> se estatiza el Banco de la República y el Estado adquiere las acciones en poder de entidades bancarias privadas.

En 1991, con el propósito de superar los problemas que surgieron con la cooptación que los gobiernos hicieron del Banco de la República, en razón a la conformación de la Junta Monetaria, en la cual todos los integrantes eran funcionarios del propio Gobierno, lo que causaba que se confundiera la política económica con la política fiscal, el propio Banco de la República elaboró un proyecto para la creación de una banca central autónoma, propuesta que fue acogida por el presidente César Gaviria y aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (Hernández 2021 A).

De esta forma, en el título XII de la Carta Política (Régimen económico y de la hacienda pública), en los artículos 371 a 373, se creó la Banca Central, función que debe ejercer el Banco de la República, entidad a la

---

<sup>18</sup> Esta norma fue declarada inexecutable, por considerar la Corte Suprema de Justicia que, en razón a los mandatos del artículo 120, numeral 14 de la Constitución Nacional, la facultad de regular el Banco de la República era el presidente de la República. De inmediato, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2617 de 1973, en el cual incorporó todas las disposiciones que traía la Ley 7.

que se le entregaron las responsabilidades de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, emitir la moneda legal, administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito, amén de servir como agente fiscal del Gobierno (artículo 371, C.P.). De otra parte, se consagró en el artículo 373 de la Carta, una Junta Directiva del Banco, la cual será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia y tendrá a su cargo la dirección del Banco.

Sin lugar a dudas, la tarea más importante asignada al Banco de la República en la nueva normativa, es la de velar, a nombre del Estado, por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda (artículo 373, C.P.), esto es, controlar la inflación.

La autonomía administrativa del Banco de la República, significa que siendo una persona jurídica, de derecho público, no forma parte de las ramas Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional o de los órganos fiscalizadores o de control y electoral, como bien lo dejó sentado la Corte Constitucional en su Sentencia C- 050 del 10 de febrero de 1994.

Con todo, la autonomía administrativa, patrimonial y técnica que se pregonaba del Banco de la República en la Constitución, no puede llegarse a la conclusión que es una entidad sin ningún control e inconexa frente a las demás entidades que ejercen intervención del Estado en el sector financiero. Así, el propio artículo 371 de la Carta afirma que las políticas a su cargo las ejercerá en coordinación con la política económica general. Y agrega: “el Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten”.

De otra parte, dentro de las funciones encargadas al Congreso de la República se advierte la de “expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que le compete desempeñar a su Junta Directiva” (artículo 150, numeral 22), criterio que se repite en el artículo 372 de la Carta, al anotar: “el Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el gobierno expedirá los estatutos del banco...”. Estos compromisos los cumplió el Legislativo con la expedición de la Ley 31 de 29 de diciembre de 1992 y el Ejecutivo con el Decreto 2520 del 14 de diciembre de 1993 (Banco de la República, 1994).

En relación con la inspección, vigilancia y control del Banco de la República, fue entregada por el artículo 372 de la Constitución al presidente de la República, en los términos señalados en la Ley. Así, la Ley 31

de 1992, en su artículo 47 facultó al presidente para delegar esta responsabilidad en el Superintendente Bancario (Hoy Superintendente Financiero), tarea que cumplió el presidente con la expedición del Decreto 239 de 3 de febrero de 1993; la función de control, atendiendo los mandatos del artículo 48 de la precitada Ley 31 de 1992, la ejerce actualmente el presidente a través de un auditor que designa en forma autónoma.

## **2.5. El derecho penal como refuerzo de la intervención del Estado en el sector financiero**

Como se ha analizado a lo largo de este escrito, el Estado, a través de la alta policía económica (superintendencias), inspecciona, vigila y controla a las entidades vinculadas con la actividad financiera, bursátil y aseguradora y en general la relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Cuando se presentan irregularidades en el desarrollo de la gestión financiera, las superintendencias sancionan por vía administrativa, a los responsables, especialmente con consecuencias de carácter pecuniario. Asimismo, se sanciona por esa jurisdicción a quienes, sin contar con la autorización necesaria, ejercen las tareas comentadas.

Empero, cuando el derecho administrativo sancionador no es eficaz para desestimular este tipo de conductas, la sociedad reclama la participación del derecho penal. Por esa razón en Colombia, luego de la gran crisis de los años ochenta, se dictaron normas de contenido penal para sancionar adecuadamente estos aviesos comportamientos. Así nació el Decreto 2920 de 8 de octubre de 1982 (“Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano”), que en el capítulo III, creó los delitos de utilización indebida de fondos captados del público (artículo 18); los préstamos no autorizados con accionistas y asociados (artículo 19) y la captación masiva y habitual de dineros (artículo 20) (Bernal y Osorio, 1985). Estas disposiciones luego migraron al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y en el Código Penal del año 2000, en el Título X (Delitos contra el orden económico), fueron ubicados en el capítulo II (Delitos contra el sistema financiero), como artículos 314, 315 y 316).

**Artículo 314. Utilización indebida de fondos captados del público.** El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades

sometidas a la inspección y vigilancia de las superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años (*hoy treinta y dos (32) meses a ciento ocho (108) meses*), y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [Cursivas fuera de texto].

**Artículo 315. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados.**

El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las superintendencias Bancaria o de Economía solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años (*hoy treinta y dos (32) meses a ciento ocho (108) meses*) y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [Cursivas fuera de texto].

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.

**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 (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En 1999, un falso rumor difundido desde Buenaventura contra una institución financiera generó en un día el retiro de 34 mil millones de pesos. La pronta intervención de la Superintendencia Bancaria, el Banco de la República y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, evitó que esta situación terminara en una gran crisis financiera. En ese momento, se planteó la necesidad de regular adecuadamente el tipo penal de pánico económico, para sancionar a quienes con su conducta generan desconfianza en la actividad financiera de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera), propuesta que se concretó en el Código Penal del año 2000, en el artículo 302.

**Artículo 302. Pánico económico.** El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas

o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un fondo de valores o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años (hoy treinta y dos (32) meses a ciento cuarenta y cuatro (144) meses) y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750).

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos.

Se aprovechó también esta situación para crear el delito de Manipulación Fraudulenta de Acciones y Valores inscritos en el Registro Nacional de Valores (artículo 317 Código Penal).

**Artículo 317. Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios.** El que realice transacciones, con la intención de producir una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios o efectúe maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización de los mismos incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años (hoy treinta y dos (32) meses a ciento ocho (108) meses) y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará hasta en la mitad si, como consecuencia de la conducta anterior, se produjere el resultado previsto.

Finalmente, como consecuencia de la crisis financiera generada por las captaciones ilegales de DMG y DRFE, el Gobierno acudió, una vez más, a la figura constitucional de la Emergencia Económica (artículo 215 C.P.), y dictó el Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008, por medio del cual se aumenta, en forma considerable, la pena para la captación ilegal de recursos del público (artículo 316 Código Penal) y se adicionó el artículo 316 A, que crea el nuevo delito de no devolución de los dineros captados en forma ilegal. Más tarde, el Congreso incorporó al Código Penal del año 2000, estas modificaciones, por conducto de la Ley 1357 de 2009.

Artículo 316. Modificado. L. 1357/2009, artículo 1º. Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, 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 otros de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.

Artículo 316 A. Adicionado. L. 1357/2007, artículo 2º. 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 (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, encontramos el artículo 258 del Código Penal que sanciona la utilización indebida de información privilegiada de los particulares para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores y Emisores. De vieja data hemos propuesto que ese tipo penal se traslade al Capítulo que sanciona los delitos contra el sistema financiero.

**Artículo 258.** Utilización indebida de información privilegiada. Modificado. Ley 1474 de 2011, artículo 18. El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores y Emisores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público.

De lo anotado en precedencia, encontramos que el derecho penal refuerza, a través de la imposición de penas que acarrearán la privación de la libertad, la tarea de las entidades de vigilancia y control que imponen sanciones de orden administrativo, sin que se viole el principio del *non bis in ídem*, como lo han señalado en repetidas ocasiones la Corte Constitucional<sup>19</sup> y la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup>.

## Conclusiones

En la Constitución de 1886 se estableció en Colombia una tímida intervención del Estado en la economía. En la reforma constitucional de 1936 se acogió las teorías en boga en Europa, en especial en la Constitución de Weimar de 1919, para señalar con claridad que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, el cual intervendría en la misma por medio de las leyes. En la reforma constitucional de 1968 se efectuaron ligeras modificaciones a la norma, tales como señalar que el Estado interviene en la economía por mandato de la Ley y que esa intervención además de buscar racionalizar la economía, debe realizarse también para planificar la misma. Finalmente, en la Carta de 1991, en forma coherente, en los artículos 333 y 334, se reiteró la libertad de empresa y la iniciativa privada, pero con una clara intervención del Estado por mandato de la Ley. En una palabra, se consagró un modelo mixto en la economía.

En la reforma constitucional de 1968 se instituyó también la intervención del presidente de la República en el ahorro privado y en el banco de emisión, como atribución constitucional propia (artículo 120, numeral 14), lo cual generó un amplio debate doctrinal y jurisprudencial, pues se ponía en duda la facultad que le correspondía antes en forma exclusiva al Congreso.

Para superar las dificultades generadas en la reforma de 1968, en cuanto a la intervención del Estado en el sector financiero, en la Carta de 1991, se aprobó que esta delicada función es compartida entre el Legislativo y el Ejecutivo. El primero dicta una Ley marco a la que debe sujetarse el Gobierno para esta responsabilidad (artículo 150, numeral d) C. P. y Ley 35 de 1993) y este ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las entidades que realicen la actividad financiera, bursátil y aseguradora y todo

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 2016.

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, sala penal. Sentencia SP 3141 de 19 de agosto de 2020.

lo atinente a la captación de recursos del público. Esta tarea la acomete por conducto de la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de la Economía Solidaria (Ley 35 de 1993; Decreto 4327 de 2005 y Ley 454 de 1998).

Para completar la intervención del Estado en la Economía, existe en Colombia, como ente regulador, el Banco de la República, entidad a la cual la Constitución de 1991, le asignó la tarea de Banca Central, encargada del control de la moneda sana y de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, además de emitir la moneda, administrar las reservas internacionales y ser prestamista de última instancia de los bancos (artículo 371 a 373, C.P.).

Para reforzar la tarea de vigilancia y control del Estado en el sector financiero, bursátil y asegurador, al lado de las sanciones administrativas que puede imponer la Superintendencia Financiera, se ha creado en el Código Penal una serie de tipos penales que castigan conductas que atentan contra la organización, el funcionamiento y la adecuada liquidación de las entidades que integran el sector, los cuales se encuentran en Título X del Código Penal, conocidos como delitos contra el orden económico social y de los cuales se destacan: el pánico económico (artículo 302), la usura (artículo 305), los delitos financieros (artículos 314, 315, 316 y 316A), el lavado de activos (artículo 323), la omisión de control (artículo 325), entre otros.

## Referencias

- Aguirre Carrillo, E. (1984). Temas de reflexión respecto del ordinal 14 del artículo 120 de nuestra Constitución Política. *Revista de Derecho Económico*, 2(1).
- Banco de la República (1994). *La Banca Central en Colombia. Normas Básicas*. Bogotá, Colombia: Banco de la República.
- Bernal Cuellar, J. & Osorio, C. F. (1985). *Delitos financieros*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Cifuentes Muñoz, E. (1986, julio-septiembre). Algunos aspectos del debate político sobre la reforma financiera. *Revista de Derecho Económico*. (3) 7, 117-125
- Delgado, L. F. & Roda, F. P. (1988, febrero). El apoyo del Estado al sector financiero en su reciente crisis: recursos dirigidos y costos asociados al sector financiero. *Revista Banca y Finanzas*.
- El Tiempo. (6 de agosto, 2009). Murcia pagará al menos 12 años. *El Tiempo*, pp. 1-5, Nación.
- FOGAFIN, Universidad Externado de Colombia (2009). *Crisis financiera colombiana en los años noventa. Origen, resolución y lecciones institucionales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Quintero, H. A. (2018). Los delitos financieros en Colombia: antecedentes, evolución y futuro. En: Molina López, R., & Duque Pedroza, A. F. (Coord.), *Temas de derecho penal económico y patrimonial*, (pp. 157-191). Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Hernández Quintero, H. A. (2019). Delitos bursátiles. En Barreto Ardila (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, (pp. 216- 249). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Quintero, H. A. (2020). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Novena edición. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. A. (2020 A.). Intervención del Estado en la economía y Derecho Penal: estudio a propósito de los créditos con subsidio y las subvenciones. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (41)111, 133-158. <https://doi.org/10.18601/01210483.v41n111.05>
- Hernández Quintero, H. A. (2021). Crisis financieras: su impacto económico y la respuesta del derecho penal. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. No. 373, pp. 383-403, enero-junio/21. Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

- Hernández Quintero, H. A. (2021 A). La banca central en la Constitución de 1991. *Revista Dos Mil Tres Mil*, 23, 1-20. <https://doi.org/10.35707/dostres-mil/23311>
- Hernández Galindo, J. G. (2021). Constitución, economía y estado social de derecho. Primera parte. El Estado, la lex mercatoria y el nuevo derecho *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(374), 127-153. Recuperado de [https://revista.academiacolombianadejurisprudencia.com.co/index.php/revista\\_acj/article/view/228](https://revista.academiacolombianadejurisprudencia.com.co/index.php/revista_acj/article/view/228)
- Ibáñez Najar, J. E. (2006). El tratamiento constitucional de la actividad financiera. En: Rodríguez Azuero, S., Rincón Cárdenas, E. & Calderón Villegas, J. J. (Editores). *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo*, (pp. 73-98). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Montenegro, A. (1984). La crisis del sector financiero colombiano. *Ensayos sobre política económica*, No. 4, Art. 02, 51-89. Recuperado de <https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/4228/espe.pdf>
- Palacios Mejía, H. (1975). *La economía en el derecho constitucional colombiano*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Biblioteca ANIF.
- Perry Rubio, G. (1997). Estado y sector privado en la Constitución de 1991. En: *Constitución Económica Colombiana*, (pp. 121-139). Bogotá, Colombia: El Navegante.
- Restrepo Piedrahita, C. (1984). Los riesgos jurisprudenciales del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política. *Revista de Derecho Económico*, 2 (1).
- Rodríguez, S. (2019). La evolución de la banca en Colombia. En *Historia Constitucional de Colombia*, Tomo IV. Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Salazar Manrique, R. (1984). Bases constitucionales y legales para adoptar una norma orgánica del sistema financiero. *Revista de Derecho Económico*, 2(1).
- Sentencia C- 050 del 10 de febrero de 1994. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Hernando Herrera Vergara
- Sentencia C-398 del 7 de septiembre de 1995. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-496 del 15 de septiembre de 1998. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-955 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

- Sentencia C-389 de 2002. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia C-616 de 2001. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-489 del 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: María Victoria Calle.
- Sentencia C-860, del 18 de octubre de 2006. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto
- Sentencia C-992 de 2006. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Álvaro Tafur Galvis
- Sentencia C-228 de 2010 de 24 de marzo de 2010. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia C-197 del 14 de marzo de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia C-228 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-191 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. M.P.: Alejandro Linares Cantillo
- Sentencia SP 3141 de 2020. Corte Suprema de Justicia de Colombia. M.P.: Eugenio Fernández Carlier.
- Sierra Jaramillo, F. (1980). *Cooperativismo colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Valencia, C. G. (2014). *INTERBOLSA. La historia de una élite que se creía demasiado grande para caer*. Bogotá, Colombia: Semana Libros.
- Vidal Perdomo, J. (1986). Bases constitucionales del Derecho Económico. *Revista de Derecho Económico*, 3 (7), julio – septiembre. Bogotá, Colombia: Asociación de Derecho Económico.

### 3. La constitucionalización del derecho penal tributario en Colombia

Carlos F. Forero Hernández<sup>21\*</sup>

*El derecho se esfuerza, en una 'creatio continua', por la producción de una visión legítima del mundo social. El derecho no refleja pasivamente la realidad sino que es un activo constructor de realidad. No hay una realidad objetiva que pueda tomar como modelo, a la que pudiera adecuarse, desde el punto de vista de los juristas, no es corresponder con la realidad sino ser capaz de solucionar problemas de un modo coherente y eficaz. Para ello, construye una particular realidad jurídica, llena de formas jurídicas, expresadas a través del concepto y formas de saber.*

*Rivera Morales, 2005, p.116.*

#### Introducción

De acuerdo con Carrillo de la Rosa (2018), desde los años 90 se ha comenzado a difundir en la academia así como en la jurisprudencia la noción de neoconstitucionalismo, y es utilizada por la doctrina tanto de la teoría

<sup>21\*</sup> Abogado egresado de la Universidad de Ibagué. Contador Público de la Universidad San Martín (Bogotá). Diplomado en tributación del Colegio de Contadores Públicos de Colombia CONPUCOL (Armenia). Especialista en derecho administrativo de la Universidad de Ibagué. Magíster en derecho administrativo de la Universidad Libre (Pereira). Candidato a Doctor en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (Tunja). Docente del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué. Docente tanto de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Público y Derecho Privado como de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Ibagué con el módulo Derecho Penal Tributario. Docente de la Especialización en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR (Sincelejo) con el módulo Derecho Tributario. Autor del libro Estudios de derecho penal tributario, publicado por Ediciones Unibagué (2021). También ejerce como asesor tributario con énfasis en procedimientos de discusión gubernativa y en procesos contenciosos administrativos. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico, GEDPE, inscrito en el Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Editor y director de la Revista Dos mil tres mil de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: carlos.hernandez@unibague.edu.co. ORCID: 0000 -0002-9108-2413.

como de la filosofía del derecho para dar una denominación común a las diferentes teorías encargadas de redefinir el razonamiento jurídico que tiene lugar a partir de la constitucionalización del derecho. Es entonces un nuevo paradigma o modelo de pensamiento de la comunidad jurídica.

Se recuerda que es hasta el siglo XX que todo el derecho se pensaba a partir del derecho privado (en especial, normas de derecho civil), pero en los últimos 30 años se ha dado un importante giro que ha desplazado las instituciones del derecho muy apoyadas por el derecho privado a las categorías conceptuales del derecho público (la satisfacción del interés general como uno de los fines esenciales del Estado, por ejemplo). Tal giro ha cobrado relevancia para abordar temas, entre otros, de derechos fundamentales, garantías, debido proceso, dignidad humana, postulados de la fórmula Estado social derecho.

Es por ello que muchos estudiosos han afirmado que de esta dirección se ha generado, y aún ocasiona, un cambio de pensar y actuar por parte de los funcionarios administrativos y judiciales, conforme a las normas convencionales (del bloque de constitucionalidad), constitucionales y legales. Un ejemplo de ello: la Corte Constitucional de Colombia para resolver los casos difíciles ha tenido que estudiar los aportes del neoconstitucionalismo. De hecho, es con el apoyo de la Constitución Política que la Corporación citada ha proferido decisiones razonables y racionales, haciendo (en sede de acción de tutela, por ejemplo) la tarea de tomar conciencia de que cualquier actuar estatal debe estar atado a las disposiciones constitucionales.

Lo anterior permite afirmar que el *punto de partida* del neoconstitucionalismo es la aplicación de las disposiciones constitucionales y eso implica que se deba tener en cuenta como principal fuente normativa para las autoridades estatales en cuanto a su observancia: la Constitución Política. De ahí que todas las áreas del derecho deban estar atadas a las disposiciones constitucionales. Este condicionamiento se identifica con el fenómeno o proceso de constitucionalización del derecho. De hecho, tal fenómeno es el propósito del neoconstitucionalismo. Es su piedra angular.

De ahí que, por ejemplo, el derecho penal como aquel derecho orientado a la protección de bienes jurídicos (Solano de Ojeda, 2020) debe estar atado a las disposiciones constitucionales, convirtiéndose en un derecho penal garantista, acorde a los postulados de la fórmula Estado social de

derecho. Por ello, es fácil afirmar que las especialidades del derecho penal como penal tributario, penal económico, penal empresarial, entre otras, también se encuentran constitucionalizadas del fenómeno o proceso de constitucionalización del derecho.

En este orden de ideas, en las siguientes líneas se expondrán las nociones básicas de la doctrina neoconstitucionalista, para comprender el alcance tanto del neoconstitucionalismo como de la constitucionalización del derecho. Igualmente, se pretende analizar el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el paradigma del neoconstitucionalismo.

### **3.1. El neoconstitucionalismo. Un nuevo paradigma de pensamiento jurídico**

Los estudiosos de la teoría como de la filosofía del derecho (Carrillo de la Rosa, 2018) han escrito muchas cosas sobre el neoconstitucionalismo, hasta el punto que no hay una noción única y, por supuesto, exacta de lo que se entiende por este. Es decir, del neoconstitucionalismo se han dado tantas nociones como autores se han ocupado del tema. De ahí que si todavía hay dificultades en la teoría del derecho para dar una noción exacta del mismo, qué podríamos decir frente al neoconstitucionalismo.

Debemos reconocer que es muy arriesgado ofrecer su noción por este medio, pero sí podemos dar algunos insumos, los cuales nos permiten relacionar el tema de la constitucionalización del derecho, así como abordar el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el paradigma de neoconstitucionalismo. Así, comenzamos por decir que la expresión *constitucionalismo* acompañada con el prefijo *neo* denota la idea de un nuevo constitucionalismo, de un nuevo derecho. Se está entonces en una nueva cultura jurídica, en un nuevo paradigma o modelo de pensamiento de la comunidad jurídica. Al respecto es pertinente señalar dos consideraciones:

Una: algunos prefieren denominar *constitucionalismo contemporáneo* en vez de *neoconstitucionalismo* (y otras denominaciones), pero en todo caso posee el mismo alcance: un nuevo derecho. Creemos conveniente hacer un llamado de atención a la doctrina para efectos de utilizar una sola denominación y evitar disputas sobre nomenclaturas. Dos: cuando nos referimos a neoconstitucionalismo no significa que aludimos de manera exclusiva al derecho constitucional, sino a todas las ramas del

derecho. Es por ello que muchos juristas afirman que el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho.

En el estudio del neoconstitucionalismo se encuentran muchas reflexiones, hasta el punto que identificamos temas interesantes, como: los aportes de las escuelas filosóficas del derecho iusnaturalismo y positivismo, la democracia, el garantismo, la filosofía política, controles constitucionales, globalización y derechos humanos, entre otros. Así, el neoconstitucionalismo pretende explicar las novedades del constitucionalismo a partir de: a) la relación entre jueces y democracia; b) los criterios de validez de normas que permiten distinguir entre validez formal o vigencia y validez material; c) la consideración según la cual el derecho es un sistema no solo de reglas sino también de principios; y finalmente, d) la expansión de una cultura jurídica constitucionalizada que exigió renovadas técnicas hermenéuticas para la aplicación, así como interpretación del derecho.

Lo anterior significa que el neoconstitucionalismo como teoría del derecho no posee un solo aporte consistente en generar un nuevo derecho, sino muchos; por tanto, se está ante un escenario de concurrencia de postulados y aportes dirigidos para solucionar los complejos problemas sociales. Claro está que el éxito o fracaso de esta concurrencia depende de la actitud de los funcionarios (administrativos y judiciales) en cuanto a la aplicación de la normatividad, así como de la existencia de un derecho (o de un ordenamiento jurídico) garantista, conforme a los postulados de la fórmula Estado social de derecho.

Además, el neoconstitucionalismo y su estudio contribuye para construir una mejor organización de la sociedad política que también es uno de los propósitos de la filosofía política. Por ello se afirma que el neoconstitucionalismo es también una filosofía política. Así lo da a entender Prieto Sanchís (2010) al indicar que este paradigma de neoconstitucionalismo también se identifica como una filosofía política “como doctrina del Estado justo que considera el Estado constitucional de derecho como la mejor forma de organizar la sociedad política” (p.461). Como se indicó en otro trabajo, la filosofía política se identifica “como una filosofía práctica, es decir, hasta dónde podemos o no hacer algo. El objeto de estudio es la política y la filosofía es su método, la filosofía política es entonces una filosofía aplicada a la política” (Forero Hernández y Arana Guaraca, 2020, p.4).

Es pertinente señalar que la filosofía política posee varias funciones. *Función orientadora*: aporta insumos para la orientación del diario vivir (y) en comunidad. *Función ética*: proporciona estrategias para la educación en valores. *Función pedagógica*: relacionada con las dos funciones mencionadas (por eso algunos ubican a la función pedagógica en el primer eslabón), se refiere a la formación de buenos ciudadanos. *Función crítica*: se trata de críticas constructivas realizadas a las decisiones políticas. *Función social*: aporta insumos para el adecuado cumplimiento del interés general. *Función democrática*: proporciona justificaciones respecto de la participación en las decisiones políticas (Forero Hernández y Arana Guaraca, 2020).

Es muy común afirmar que el origen del neoconstitucionalismo surge a partir de la creación de Constituciones (desde los años 90). De paso, para la consolidación del neoconstitucionalismo como una nueva alternativa de análisis jurídico estaría influenciada por cuatro grandes acontecimientos, los cuales hacen parte de la teoría del derecho. Una: su germinación producida a finales de los años setenta, cuando el estudioso norteamericano Ronald Dworkin (iusnaturalista) comienza a publicar sus críticas al positivista H. L. A. Hart. Dos: el jurista italiano Zagrebelski profundizó acerca del manifiesto neoconstitucionalismo. Tres: el aporte de Alexy (de la escuela del derecho pos-positivista) con la teoría de la argumentación, así como la aplicación del principio de proporcionalidad. Cuatro: Ferrajoli con los temas de garantismo, Estado y democracia (Carrillo de la Rosa, 2018).

Se advierte entonces que el estudio de los principios y de la argumentación jurídica son el *punto de partida* de todos estos acontecimientos. De hecho, todos estos aportes han sido estudiados y aplicados por la Corte Constitucional de Colombia; por ejemplo, para dar soluciones a casos difíciles, eso sí, sin sacrificar, entre otros principios, el axioma de seguridad jurídica. Así, el neoconstitucionalismo pretende resaltar la importancia de la aplicación de las disposiciones constitucionales, las cuales son vistas como las bases teóricas para el adecuado ejercicio de la administración de justicia.

Como se indicó en la Introducción, debe recordarse que hasta el siglo XX todo el derecho se pensaba a partir del derecho privado (en especial, normas de derecho civil), pero en los últimos 30 años se ha dado un importante giro que ha desplazado las instituciones del derecho (bastante),

apoyadas por el derecho privado a las categorías conceptuales del derecho público (la satisfacción del interés general como uno de los fines esenciales del Estado, por ejemplo). Por ese giro se generó un cambio de pensar y actuar por parte de los funcionarios administrativos y judiciales conforme a las normas convencionales, constitucionales y legales.

Murillo Granados (2018) explica que el neoconstitucionalismo surge asociado a la institucionalización de los tribunales constitucionales en Europa, cuando se produjo en defensa de la eficaz aplicación de las normas constitucionales entendidas como supremas con fuerza vinculante. Este jurista ha identificado que se encuentran distintas vertientes del neoconstitucionalismo, como pasa a explicarse: a) *neoconstitucionalismo teórico*: describir los logros de la constitucionalización; b) *neoconstitucionalismo ideológico*: pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales; c) *neoconstitucionalismo metodológico*: ponen a los derechos fundamentales un puente entre derecho y moral.

Desde nuestro ordenamiento jurídico, Colombia también hace parte de la nueva teoría del derecho de neoconstitucionalismo y se identifica con: a) el carácter de Estado social de derecho, como un Estado garantista de derechos; b) la supremacía normativa de la Constitución Política; c) la previsión en la Constitución tanto de límites formales como de límites sustanciales al ejercicio del poder; d) la creación de un sistema de control de constitucionalidad en cabeza de un juez constitucional; e) la creación de un catálogo de derechos fundamentales y garantías; f) la consagración de mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales así como de las garantías; g) el establecimiento de mecanismos especiales de reforma a la Constitución; h) la concepción del derecho como un conjunto normativo conformado tanto por reglas como principios y; i) la transformación de las técnicas de interpretación del derecho tales como el principio de proporcionalidad o de razonabilidad, entre otros. Nótese que cada una de las características está asociada con la filosofía o idea del garantismo en cuanto a la efectividad de normas, principios, derechos y garantías.

Al tener en cuenta las anteriores explicaciones, para efectos de este trabajo, entendemos por neoconstitucionalismo como un nuevo paradigma o modelo de pensamiento jurídico asentado en estos dos propósitos: constitucionalización y garantismo. El primero se identifica con el fenómeno o proceso de la constitucionalización del derecho, en el que todas

las ramas del mismo deben observar sin condiciones las disposiciones constitucionales. Tal condicionamiento implica a su vez límites jurídicos al poder político y ello se hace posible gracias a la existencia de una Constitución que es vista, de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución Política, como *norma de normas*. El segundo propósito, es decir, garantismo, todas las normas además de estar sometidas a las disposiciones constitucionales, deben garantizar y respetar los derechos de los que gozan los asociados o ciudadanos. De ahí que las normas garantistas se constituyen también como límites al poder político.

Ambos propósitos no son excluyentes sino complementarios y, como se indicó anteriormente, sus aplicaciones son posibles gracias a la existencia de una Constitución. Es de indicar que la noción de Constitución desde la teoría del derecho no posee un único significado. Ante esta situación, Paolo Comanducci, citado por Sánchez Herrera (2014), indica que en la actualidad pueden diferenciarse cuatro modelos de Constitución, a saber: a) modelo axiológico de Constitución, entendida como orden (como concepto positivo que presupone la unidad política); b) modelo descriptivo de Constitución (como manifestación de relaciones de poder); c) modelo descriptivo de la Constitución, entendida como norma (plexo normativo integrado por reglas jurídicas positivas); y d) modelo axiológico de la Constitución como norma (gestora de otras normas). Desde nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de 1991 se encuentra afiliada por el cuarto modelo, en la medida en que el artículo 4 constitucional estatuye que la Constitución es *norma de normas*.

No menos importante es indicar que la Constitución Política colombiana de 1991 al tiempo que consagró los derechos de las personas (en categorías diversas), introdujo los mecanismos judiciales de protección (de naturaleza diferente, también) tales como la acción de tutela, la de cumplimiento, las acciones colectivas (popular y de grupo), dejando a su vez al Legislador la tarea de establecer los demás mecanismos que propugnen por la integridad del orden jurídico, así como la protección de derechos de los asociados (o de las personas). Debe tenerse en cuenta que los aspectos económicos en la Constitución son muy evidentes y están representados a través de principios que corresponden a variadas ideologías de corte liberal, neoliberal e intervencionista (algunos sostienen que también encontramos principios de cooperativismo). Tal representación de principios confluye para estructurar un sistema mixto de

economía de mercado, pero con intervención del Estado para asegurar el bien común. En este sentido, es fácil afirmar que nuestra Constitución también se identifica (o puede ser vista) como una Constitución económica.

Sobre la dimensión de Constitución económica es pertinente señalar cuatro consideraciones, las cuales fueron plasmadas también en otro texto (Forero Hernández, 2021a). La primera indica que la Constitución económica es aquella que desarrolla aspectos del Estado en su relación con la economía. La siguiente alude a que esta Carta debe ser compatible con los postulados del Estado social de derecho. Como tercera consideración: una de las herramientas que contribuye a la realización de dichos postulados corresponde a la teoría de la dirección e intervención del Estado en la economía. Finalmente, a partir de las anteriores explicaciones podemos afirmar que la Constitución económica dota al Estado para intervenir en la órbita privada, en el mundo social y económico, en aras de corregir las distorsiones del mercado, contribuyendo a su vez al interés general.

Por lo tanto, el *punto de partida* de estos propósitos (constitucionalización y garantismo) corresponde a la existencia de la Constitución Política. De ahí que el neoconstitucionalismo como modelo pretende precisamente conferir un determinado alcance a las constituciones contemporáneas. Es decir, el neoconstitucionalismo se identifica como un paradigma que ingresó al ordenamiento jurídico a través de la Constitución. Desde luego, lo anterior no significa que el neoconstitucionalismo se circunscribe a la teoría constitucional, sino a una teoría del derecho con sus grandes aportes y postulados de distintas escuelas del derecho (iusnaturalismo, positivismo, pospositivismo, realismo, etc.).

Por las anteriores explicaciones, hemos considerado que estos dos propósitos sean fusionados en uno solo: constitucionalización del derecho, en la medida que en este fenómeno o proceso siempre se debe hablar de la efectividad de las garantías y derechos. Tenemos entonces que el neoconstitucionalismo es aquel nuevo paradigma de pensamiento jurídico asentado en el propósito de la constitucionalización del derecho. Así, los Estados contemporáneos deben tomar en serio que todo el ordenamiento jurídico debe estar regido en su interpretación así como aplicación por la Constitución Política. De paso, no podemos compartir el criterio doctrinal, según el cual el neoconstitucionalismo y la

constitucionalización deben ser estudiados como sinónimos. A nuestro juicio, no son la misma cosa. En este trabajo se resalta que el neoconstitucionalismo es un paradigma o modelo de pensamiento jurídico, mientras que la constitucionalización del derecho es un proceso de aplicación de disposiciones constitucionales.

Abordadas las nociones del neoconstitucionalismo, se explicará la constitucionalización del derecho.

### **3.2. La constitucionalización del derecho y sus condiciones**

La constitucionalización del derecho es el propósito del neoconstitucionalismo. Es su piedra angular. Esta es vista por la doctrina como un fenómeno o proceso que resalta tanto la introducción de una Constitución que es la norma superior del ordenamiento jurídico, como de la transformación de las categorías del pensamiento de la comunidad jurídica.

La constitucionalización del derecho se identifica con el proceso de la estricta observancia o aplicación de las disposiciones constitucionales. De ahí que en el fenómeno o proceso de la constitucionalización del derecho, todas las áreas del derecho deben estar atadas a la Constitución Política. Guastini, citado por Sánchez Herrera (2014), ha indicado algunas condiciones que nos permiten saber hasta qué punto podemos calificar un área del derecho como constitucionalizado, como pasa a explicarse:

- Una Constitución rígida: para que sea rígida, es necesario que sea escrita y que su texto esté previsto de las eventuales reformas por las instancias políticas, mediante un procedimiento.
- Garantía jurisdiccional de la Constitución: se refleja en el control de la constitucionalidad de la legislación. En este caso, es la Corte Constitucional de Colombia la encargada de vigilar la concordancia de las demás normas con respecto a las disposiciones constitucionales.
- La fuerza vinculante de la Constitución: la Constitución debe ser vista y estudiada como norma jurídica de la que emanan derechos y obligaciones (no como una simple declaración programática de intenciones políticas) y, por tanto, vinculante.
- La *sobre interpretación* de la Constitución: alude a la interpretación de todo el derecho positivo a partir de la Constitución, intensificando la presencia de la Constitución en cualquier parcela del sistema jurídico.

- La aplicación directa de las normas constitucionales: el contenido de las disposiciones constitucionales no requiere de mediación legal para poder ser aplicados por los funcionarios judiciales y administrativos en los casos concretos.
- La interpretación constitucional de las leyes: alude a la interpretación legal conforme a la Constitución, armonizando así la ley al documento constitucional.
- La influencia de la Constitución Política sobre las relaciones políticas: la Constitución se sitúa como el límite o condición entre la función normativa jurídica del Estado y la función política.

Son estas condiciones las que nos permiten determinar hasta qué punto se puede considerar un sistema jurídico como constitucionalizado. Es la Constitución que informa el ordenamiento jurídico cuyas disposiciones se elaboran dentro de los cauces en ella previstos y conforme a los principios, valores y pautas supremas que ella dispone. Desde luego, cada una de dichas condiciones tendría sentido si hay un cambio de actitud de los funcionarios administrativos y judiciales, por cuanto hemos identificado arbitrariedades en el ejercicio de sus funciones así como inadecuadas interpretaciones reflejadas en sus decisiones (en las providencias, por ejemplo).

Por su parte, Araujo Rentería en su salvamento de voto en la Sentencia C-034 de 2006, señaló tres importantes conclusiones acerca de la constitucionalización del derecho, que merecen ser compartidas en este texto. La primera alude a que el moderno proceso de constitucionalización implica una Constitución rígida. La siguiente hace referencia a que la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos), que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. Finalmente, este jurista indica que correlativamente el tribunal constitucional tiene competencia para evitar que el reformador de la Constitución usurpe la competencia del poder constituyente y vulnere los principios o valores fundamentales que el soberano consagró en la Constitución.

Se advierte, desde luego, que el proceso de constitucionalización del derecho está orientado respecto del axioma de dignidad humana como fundante de las constituciones y como límite del poder punitivo del Estado. Además, este principio es visto y aplicado como un axioma de carácter

absoluto que no admite ponderación y así lo ha advertido la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-413 de 2015, cuando señala que “la dignidad humana es un principio fundante del Estado colombiano, tiene un valor absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros sistemas constitucionales, de manera que no puede ser limitado” (p.33).

Peter Häberle, citado por Arboleda Ripoll (2013), ha vinculado el proceso de constitucionalización del derecho con la noción de Estado constitucional y explica además, que la Constitución traduce un doble proceso cultural: a) temporal (compuesto por la experiencia histórica y el proceso constituyente) y, b) espacial (compuesto por patrones culturales). Para Häberle, estos componentes se incorporan en una democracia constituida por el pluralismo, “es el resultado y aportación de procesos culturales, del mismo modo como se transmite y es apropiado renovadamente el patrimonio cultural de los textos clásicos” (p.56), sin perjuicio del planteamiento hacia el futuro “la pretensión de que el nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda, sino que se conserve e incluso se acreciente” (p. 56).

Con este doble proceso, Arboleda Ripoll (2013) explica que este corresponde a las siguientes caracterizaciones: a) la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad; b) el principio de soberanía popular como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente de la voluntad y la responsabilidad pública; c) la Constitución como contrato en cuyo marco es posible y necesario para fines educativos y valores orientadores; d) el principio de división de poderes tanto en sentido estricto (relativo al Estado) como en sentido amplio (relativo al pluralismo); e) las garantías de los derechos fundamentales y; f) la independencia de la jurisdicción.

En este sentido, la constitucionalización del ordenamiento jurídico se ha extendido a todas las áreas del derecho (en esto hay que resaltarlo: todas, no algunas) a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 (y porque así lo da a entender el artículo 4 constitucional al advertir que la Constitución es *norma de normas*). Y desde el campo de estudio de las fuentes del derecho se ha pasado entonces de tener a la Ley como principal fuente del derecho (desde el punto de vista de la legalidad) a la Constitución Política como eje central (desde el punto de vista de la constitucionalidad). Así, la Constitución tiene aplicación concreta en

la solución de casos jurídicos por medio de sus principios de orden constitucional.

Basta observar que con frecuencia los conflictos se resuelven mediante la aplicación de los axiomas y valores constitucionales, los cuales se imponen al intérprete en la medida en el que el juez debe acatarlos al interpretar y aplicar el derecho. Por tanto, todas las áreas del derecho se encuentran influenciadas de la Constitución en el entendimiento de las normas y en su aplicación a problemas específicos. De ahí que el derecho penal y sus especialidades, por ejemplo, se encuentran entonces constitucionalizados ante la estricta observancia y aplicación de las disposiciones constitucionales y porque, además, el artículo 4 constitucional dispone que la Constitución es *norma de normas*. Enseguida se abordará la constitucionalización del derecho penal así como el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo.

### **3.3. El papel del derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo**

El derecho penal como una de las manifestaciones de *ius puniendi* del Estado (derecho punitivo estatal), debe observar sin condiciones las disposiciones constitucionales, el axioma del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, por ejemplo, el cual está muy asociado con el respeto del principio de dignidad humana. Debe tenerse en cuenta que estos axiomas constitucionales se comportan como límites del *ius puniendi* del Estado.

Ante la evidente aplicación de normas constitucionales, algunos han afirmado que el derecho penal (incluso: el derecho procesal penal) es visto como un derecho constitucional aplicado. A partir de la consideración del derecho constitucional aplicado, esta es vista como un claro ejemplo de aplicación del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal y como uno de los grandes temas del neoconstitucionalismo.

Por tanto, ante la constitucionalización del derecho penal, los derechos fundamentales tienen relación con el ejercicio del poder sancionatorio tornándose en fundamento básico de las instituciones jurídicas en el sistema penal, así como en el límite al ejercicio punitivo del Estado. Sobre este tópico, la Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 1995 ha señalado estas dos consideraciones. La primera, la Corporación indica que:

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Constitución Política incorpora preceptos y enuncia valores y postulados (particularmente en el campo de los derechos fundamentales), que influyen de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. (Sentencia C-038 de 1995, p.11).

La segunda, la Corte advierte que:

El Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado: Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. (Sentencia C-038 de 1995, p.11).

Es de precisarse que las garantías, principios y normas que gobiernan tanto al derecho penal como al derecho procesal penal no pueden ser abordados de manera exclusiva desde la Constitución Política, sino también desde el ámbito internacional, esto es, con las declaraciones, convenios, pactos u otros instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que tanto las normas constitucionales como las del bloque de constitucionalidad son el referente para un correcto diseño de las normas que han de regular el derecho penal y el derecho procesal penal. Por tanto, el Estado al utilizar el derecho penal debe hacerlo con el fin de preservar los derechos y garantías de los procesados.

Por lo anterior, no es desacertado afirmar que el derecho penal se encuentra constitucionalizado no por la estricta aplicación de las disposiciones constitucionales, sino también por las disposiciones del bloque de constitucionalidad. Por eso tiene razón Tirado Hernández (2016) al indicar que “la constitucionalización del derecho penal se hizo una realidad, debiendo interpretarse no aisladamente desde el punto de vista de los Códigos, sino atendiendo el bloque de constitucionalidad” (p.42).

De esta manera, si la doctrina atestigua que el derecho penal común se encuentra constitucionalizado, el derecho penal tributario, que es una de sus especialidades, por ejemplo, también lo está. Como se señaló en otro trabajo (Forero Hernández, 2021b), entendemos por derecho penal tributario como el conjunto de normas jurídicas que nos enseña qué

acciones u omisiones se constituyen en delitos tributarios y qué sanciones se imponen bajo observancia de los principios constitucionales. Es el derecho de los delitos tributarios y de las penas. Y por delito tributario entendemos “como aquel ilícito que vulnera o pone en peligro la hacienda pública” (p.31).

Asociando al campo de estudio de la teoría del bien jurídico (o de la antijuridicidad), entendemos por derecho penal tributario como “el conjunto de normas jurídicas-penales que protegen la hacienda pública” (p.31). Esta última, la hacienda pública, es un capítulo del orden económico social, de la intervención del Estado en la economía (o del orden público económico, si lo prefiere). Así, el objeto de protección del derecho penal tributario es la hacienda pública, la cual estudia los ingresos y egresos públicos. No sobra mencionar que hay un gran debate en la doctrina respecto de si el derecho penal protege bienes jurídicos o garantiza la vigencia de la norma (que a su vez las normas garantizan la expectativa de que las personas actuarán conforme a su rol). En este texto acogemos la tesis según la cual el derecho penal protege bienes jurídicos porque así lo señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, cuando indica que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

Desde luego, por el evidente vínculo con la teoría de dirección e intervención del Estado en la economía, hemos considerado que el derecho penal tributario debe ser estudiado como una parcela o capítulo del derecho penal económico y su objeto de protección es el orden económico social, el cual se identifica con las reglas de intervención estatal en los procesos económicos. Entendemos por intervención del Estado en la economía, según Hernández Quintero (1991), “el conjunto de normas con las cuales se pretende regular y delimitar la autonomía de los particulares a fin de garantizar el logro de los intereses de la comunidad, esto es, el bien común” (p.21).

El derecho penal tributario está reconducido por los mismos principios del derecho penal y, por supuesto, todos de ellos tienen relación con los mandatos constitucionales. Es por ello que algunos estudiosos afirman que ante la evidente aplicación de disposiciones constitucionales, el derecho penal (al igual que el derecho procesal penal) es visto como un derecho constitucional aplicado. Mencionaremos algunos principios:

- Legalidad: a nadie se le puede imputar una conducta como delito si antes de su acción u omisión no aparecía erigida como tal por el Legislador.
- Tipicidad objetiva: la Ley penal debe definir de manera clara las conductas punibles.
- Reserva legal: solamente el Legislador tiene la facultad de crear delitos y penas.
- Antijuridicidad: para que una conducta objetivamente típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, y sin justificación, el bien jurídico protegido por la Ley.
- Culpabilidad: se debe estudiar siempre los aspectos subjetivos como el dolo, la culpa y la preterintención; desde luego, estos aspectos son estudiados también y con frecuencia en el campo de estudio de la tipicidad.
- Prohibición de doble incriminación: a nadie se le puede imputar más de una vez la misma conducta punible.
- Favorabilidad: la Ley permisiva o benigna se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable, aun cuando sea posterior.
- *In dubio pro reo*: toda duda ineliminable debe ser resuelta a favor del procesado.
- Presunción de inocencia: toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.
- La *no reformatio in pejus*: el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Estos son los principales axiomas aplicables en el derecho penal tributario, el cual debe ser estudiado igualmente como un derecho penal garantista. Este es el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo. A partir de la mención de estos axiomas, se permite concluir que el derecho penal (y sus especialidades) no es un derecho autónomo, dado que no puede salirse del marco institucional señalado por la Constitución Política (por el derecho constitucional), allí se encuentran límites en los principios que informan el derecho sancionatorio o punitivo. Tales axiomas son el *punto de partida* del derecho punitivo del Estado. De eso no existe la menor duda. Por tanto, es acertado afirmar que el derecho penal (y sus especialidades) se encuentra constitucionalizado.

Por su parte, el derecho penal tributario contará, además, estas características que son las mismas de un derecho penal garantista: a) público: la función de establecer conductas punibles a ilícitos tributarios pertenece de manera exclusiva al Legislador, que es la aplicación del principio de legalidad de los delitos y de las penas; b) subsidiario: el derecho penal solo debe emplearse como la *ultima ratio* de los medios de solución; c) fragmentario: parte de que no todo lo que infringe la norma ha de ser castigado con una pena y, por el contrario, solo sectores reducidos de lo que es ilícito, justifica su aplicación; d) personalísimo: la sanción solo puede imponerse a los responsables y no debe afectar a terceros ajenos a estos; y e) de acto y no de autor: se sanciona a las conductas ejecutadas por el sujeto. Todas estas características están asociadas al respeto de la dignidad humana como uno de los postulados de la fórmula Estado social de derecho. Por tanto, el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo, es constituirse como un derecho penal garantista.

Respecto del bien jurídico para proteger por el derecho penal tributario (o por el delito económico-tributario), este interés jurídico debe estar consagrado en la Constitución Política y corresponde precisamente a la hacienda pública, la cual estudia los ingresos y egresos públicos y los encontramos a partir del Título XII constitucional, “Del régimen económico y de la hacienda pública”. De ahí que es fácil afirmar que el bien jurídico de hacienda pública también se encuentra constitucionalizado, del fenómeno de la constitucionalización del derecho.

No obstante, en el Código Penal colombiano (Ley 599, 2000) no se encuentra este bien jurídico de hacienda pública, a pesar de que cuenta con fundamento constitucional. Por lo anterior, surge la necesidad que en un futuro no lejano el Legislador se preocupe por analizar la conveniencia de crear este bien jurídico protegido por el derecho penal tributario y con ello contribuye a un mejor estudio, así como a la aplicación de los tipos penales de naturaleza tributaria. Insistimos que todo acercamiento y análisis que se realice del derecho penal económico-tributario debe partirse necesariamente de reconocer que el mismo no persigue propósito diferente al de proteger el bien jurídico de hacienda pública, el cual cuenta con el respaldo constitucional. Este es el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo.

Sin embargo, y como se indicó en alguna oportunidad, por el evidente vínculo con la teoría de la dirección e intervención del Estado en

la economía, el derecho penal tributario debe ser estudiado como una parcela o capítulo del derecho penal económico y su objeto de protección es el orden económico social, el cual también cuenta con su fundamento constitucional a partir del Título XII de la Constitución Política. Además, los delitos tributarios son estudiados como delitos económicos en sentido estricto, en la medida en que estos ilícitos atentan contra las reglas de intervención del Estado en la economía. Por tanto, no resulta desacertado afirmar que el bien jurídico para proteger los delitos tributarios corresponde al orden económico social.

Son estas reflexiones las que se pretenden mostrar a la academia y al público en general acerca de la constitucionalización del derecho, así como el papel que debe cumplir el derecho penal tributario en el neoconstitucionalismo. Dejamos a su leal saber y entender respecto de la conveniencia de crear el bien jurídico de hacienda pública para proteger por el derecho penal tributario, luego de evidenciar que este cuenta con fundamento constitucional a partir del Título XII de la Constitución Política.

## Referencias

- Arboleda Ripoll, F. (2013). Casación penal. *Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 353, 39-68.
- Carrillo de la Rosa, Y. (2018). *Filosofía del derecho*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Constitución Política de Colombia (1991). Bogotá, Colombia: Ediciones Legis.
- Colombia. Ley 599 del 2000. Por el cual se expide el Código Penal.
- Forero Hernández, C. F., & Arana Guaraca, P. Y. (2020). ¿La filosofía política se encuentra en crisis de extinción? *Indagare*, (8). <https://doi.org/10.35707/indagare/818>
- Forero Hernández, C. F. (2021a). Constitución económica y derecho penal económico en la era digital. En *Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 373, 405-425.
- Forero Hernández, C. F. (2021b). *Estudios de derecho penal tributario*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Hernández Quintero, H. A. (1991). *Delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá, Colombia: Ediciones Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Murillo Granados, A. (2018). Constitucionalismo: evolución y diversas acepciones. En Tarapués Sandino, D. F. & Murillo Granados, A. (Coord.), *Contribuciones al derecho contemporáneo. Tomo III Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, (pp.25-51). Medellín, Colombia: Ediciones Biblioteca Jurídica Diké – Universidad Santiago de Cali-usc.
- Prieto Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44, 461-506. Recuperado de <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/516/606>
- Rivera Morales, R. (2005). Bloque de constitucionalidad en Venezuela. En *XXVI Congreso colombiano de Derecho Procesal* (115-146). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Libre – Instituto Colombiano de Derecho Procesal-ICDP.
- Sánchez Herrera, E. M. (2014). *Derecho penal constitucional*. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-038 (1995). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-034 (2006). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-413 (2015). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Solano de Ojeda, M. C. (2020). *Lecciones de introducción a los principios del derecho penal, procesal penal y fines de la pena*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.

Tirado Hernández, J. (2016). *Curso de pruebas judiciales. Tomo I*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

## 4. Protección constitucional a la vivienda

María Cristina Solano de Ojeda<sup>22\*</sup>

### Introducción

En esta oportunidad y con motivo de la celebración de los 30 años de la Constitución Política de 1991, examinaremos la protección constitucional a la vivienda digna como elementos de las urbanizaciones que, de no observarse por parte de las autoridades, no solo llevan a la configuración de comportamientos tipificados como urbanizaciones ilegales, sino a juicios de responsabilidad por violación de derechos fundamentales. En efecto, la protección a la vivienda trasciende el orden económico social.

Lo anterior, porque la vivienda si bien satisface intereses individuales, estos se relacionan con la vida, la integridad personal, la dignidad humana y el proyecto de vida de los individuos, al tiempo que de no protegerse se afecta el desarrollo de poblaciones y del propio país. En este trabajo nos ocuparemos de mostrar cómo un derecho que inicialmente se consideró económico, social y cultural, dejó de serlo para saltar a rango constitucional.

### 4.1. El paso del derecho a la vivienda digna de derecho de orden económico, social y cultural al rango de derecho fundamental

De acuerdo con el artículo 51 de la Carta Política, todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna. Por lo que el “Estado tiene el deber de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, así como *promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de*

---

<sup>22\*</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho Penal y Criminología de dicha Universidad. Miembro del Grupo Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué.

*financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”* [cursivas fuera de texto].

Le ha correspondido a la jurisprudencia la tarea de explicar el concepto de vivienda digna. Así que, en la Sentencia T-986 A de 2012, la Corte constitucional dice que:

Dentro del *marco constitucional*, el artículo 51 consagra el acceso a una vivienda digna como un derecho de todas las personas, y asigna al Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacerlo efectivo a través de la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas para la ejecución de dichos programas, entre otros. (Sentencia T-986 A de 2012).

A la vez se ocupa de presentar lo que dicen los organismos internacionales:

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales consagran el derecho a la vivienda digna. Estos instrumentos hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, conforman el ordenamiento interno, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.* La norma citada deja ver que el derecho a la vivienda se encuentra estrechamente ligado a la dignidad humana y constituye un elemento del derecho de las personas a tener un nivel de vida adecuado. (Sentencia T-986A de 2012).

Igualmente cita el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en términos similares reconoce la necesidad de que las personas y sus familias tengan una vivienda adecuada.

Capítulo importante es la precisión de la naturaleza jurídica de la vivienda, que para la Corte Constitucional se consagró en la Constitución como parte de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Esta ubicación dio lugar a que no fuera posible su protección mediante la

acción de tutela. Como lo recuerda la Sentencia T-986 A de 2012, para la Corte el derecho a la vivienda digna:

[...] no otorgaba a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado, en forma directa e inmediata, su plena satisfacción; a juicio de la Corte, por ser un derecho de carácter principalmente prestacional, su contenido debía ser precisado de forma programática por las instancias del poder político, de conformidad con las condiciones jurídico materiales disponibles en cada momento histórico. Esta primera postura se puede apreciar por ejemplo en la sentencia T-251 de 1995, en la que esta Corporación determinó que *el derecho a la vivienda digna es más [sic] un derecho objetivo de carácter asistencial que debe ser desarrollado por el legislador y promovido por la administración, de conformidad con la ley, para ser prestado directamente por ésta, o a través de entes asociativos creados para tal fin, previa regulación legal.* (Sentencia T-986A de 2012).

Sin embargo, cuando se produjo el reconocimiento de la relación entre la vivienda digna y la dignidad humana, la Corte cambió su concepto sobre la naturaleza del derecho a la vivienda digna para darle un carácter de derecho subjetivo, o de naturaleza fundamental, dando lugar a la protección por vía de tutela. Fue así como en 2012 se reconoció la existencia de tres elementos que cambiaban la naturaleza del derecho a la vivienda digna.

El primer elemento se identifica por la conexidad que la vivienda tenga con la vida misma del ser humano, con su integridad física y otros que no eran ajenos al máximo tribunal de justicia constitucional. El segundo componente, se refiere al reconocimiento que se tiene sobre la vivienda, para entender que su dignidad se concreta en la satisfacción del mínimo vital de los seres humanos. Y el tercer principio, se redujo a la tesis que predicaba el compromiso de hacer posible la vivienda digna como una tarea asignada al Estado. Dicha obligación, le impone la necesidad de hacer realidad el principio constitucional de la vivienda digna como lo determina el artículo 51 de la Carta fundamental (Sentencia T-986A de 2012).

Para resumir, la jurisprudencia constitucional precisa que el concepto de vivienda digna constituye un imperativo que implica que las personas que habiten un lugar con independencia de que sea propio o ajeno, permita el desarrollo de condiciones de vida adecuadas para que su integridad física y sus vidas no corran peligro, por causa del lugar

donde deben habitar. Es más, piensa que en casos en que se discuta sobre la vivienda de personas que sean de especial protección constitucional, por motivos de salud o limitaciones socioeconómicas, las autoridades deben adoptar medidas para que las situaciones sean menos gravosas para ellos (Sentencia T-986A de 2012).

En sentencia posterior, la T-206 de 2019, la Corte Constitucional reitera que el derecho a la vivienda digna forma parte del grupo de derechos que la Constitución catalogó como sociales, económicos y culturales, de tal manera que ya no se les debía negar el carácter de derechos fundamentales y, por lo tanto, protegibles mediante la acción de tutela. Como conclusión el fallo dice que:

[...] al aceptar Colombia que los colombianos tienen derecho a una vivienda adecuada, al igual que tienen derecho a la alimentación, al vestido y a satisfacer otras necesidades apropiadas para su vida digna, la dimensión del derecho a la vivienda digna no puede ser inferior en categoría y debe protegerse como se hace con derechos similares. (Sentencia T-206 de 2019).

De la nueva manera de concebirse el derecho a la vivienda digna, la Corte considera que surgen nuevas obligaciones para el Estado, como satisfacer esta necesidad a los habitantes, debiendo además velar por su seguridad, de manera que debe intervenir para evitar aquellas que ponen en peligro la vida y seguridad de las personas. Esto es, que el Estado no solo debe proveer las condiciones para hacer realidad la vivienda, sino que debe protegerlas y en caso de que ellas no garanticen en derecho constitucional, salir al saneamiento de tales situaciones.

En este punto, bien merece recordar que al Estado se le imponen, por norma constitucional, deberes de protección frente a los derechos fundamentales y que en caso de afectación surgen, para las autoridades, los deberes de salvamento. Este mandato se encuentra amparado por la Constitución de 1991, artículos 6 y 91, que establecen una responsabilidad por omisión de los servidores públicos. Tal sería la responsabilidad por permitir con actos de negligencia las construcciones en zonas de riesgo, que den lugar a deslizamientos de terrenos, donde se encuentran los asentamientos humanos, causando lesiones y pérdida de vida de las personas que se han ubicado en esos lugares.

## 4.2. Concepto de vivienda digna

En la Sentencia T-206 de 2019, la Corte se pregunta y responde sobre el concepto de vivienda digna, para reiterar que se entiende por tal “que las personas habiten un lugar propio o ajeno que posibilite el desarrollo de su vida dentro de condiciones mínimas de seguridad y dignidad” (Sentencia T-206 de 2019). En otras palabras, que las autoridades tienen la obligación de proteger a los habitantes para que “no sufran consecuencias funestas para la salud y la vida por causa de la vivienda” (Sentencia T-206 de 2019).

Se adiciona a lo expuesto que, cuando a pesar de las acciones para prevenir situaciones de riesgo, se producen por hechos de los particulares, de la administración o la naturaleza, las autoridades deben aplicar medidas de salvamento.

Precisando aún más, en la identificación de la naturaleza de la vivienda digna, la Corte Constitucional considera que se trata de un “derecho fundamental autónomo”, que su protección mediante la tutela se encuentre condicionada a que se logre traducir en un derecho subjetivo, aplicable para todos sin ningún tipo de discriminación. Se le da el carácter de autónomo cuando protege además la vida y la dignidad humana (Sentencia T-420 de 2018). De igual manera, ha establecido que este derecho no debe contener una interpretación restrictiva, la cual lo limite simplemente a contar con un “techo por encima de la cabeza”, sino que este debe implicar el “derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (Sentencia T-420 de 2018).

En aras de brindar una verdadera protección a la vivienda digna, la Corte la extiende en favor de que se cumplan otros objetivos sin los cuales no resulta sostenible el derecho fundamental, y limitan el derecho al mero techo, sin que se garantice el goce y protección de la vivienda digna (artículo 51 de la Carta Política), ellos son:

- a. Seguridad jurídica de la tenencia;
- b. disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura;
- c. gastos soportables;
- d. habitabilidad;
- e. asequibilidad;
- f. lugar y

g. adecuación cultural (Numeral 8 de la Observación General 4 del Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales).

Derechos que, como lo señala la Sentencia, se proyectan más allá, incluso de lo que los ciudadanos soliciten y que el *efecto intercomunales*, que a decir la Corte busca proteger los derechos de todos los miembros de la comunidad que se encuentran en situaciones similares. De manera que la acción de tutela no debe buscar evitar la vulneración, sino que tiene que ir más de lo que se pretende por quienes la interponen, en cuanto debe proteger a todos los que estén en situaciones similares sin que tengan que invocar el amparo.

En cuanto a los objetivos de protección de la vivienda digna, se considera que se logra con seguridad jurídica. Este concepto ha sido objeto de estudio por la Corte Constitucional, para afirmar que se trata de un principio:

[...] que no solo favorece a que las relaciones jurídicas no permanezcan indefinidas en el tiempo sino, además, garantiza la paz social de tal forma que las personas no tengan que acudir a medios de hecho para obtener justicia. En ese sentido, evita, nuevamente, la justicia por propia mano y fortalece la confianza de los ciudadanos hacia el Estado.

En materia mercantil, adquiere mayor relevancia. Para las relaciones comerciales el tráfico jurídico de los negocios incrementa el valor de este principio. Los comerciantes deben tener la garantía de que sus relaciones serán resueltas o definidas en un tiempo prudencial para poder continuar con el giro normal de sus negocios. La confianza y seguridad que el ordenamiento debe ofrecer a los comerciantes depende en buena medida de figuras jurídicas como la prescripción. En efecto, el comercio se tornaría lento e inseguro si los negociantes no pudieran confiar plenamente en que sus situaciones jurídicas serán resueltas. La seguridad jurídica no solo trasciende a las esferas privadas de los comerciantes.

Por otra parte, en el otro extremo, los hechos examinados muestran una afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital, vivienda y vida digna. Estos derechos que se encuentran en tensión con el principio constitucional de la seguridad jurídica tienen como propósito, principalmente, garantizarles a los ciudadanos las condiciones materiales más elementales sin las cuales la persona puede correr el riesgo de quedar en imposibilidad fáctica de asegurar autónomamente su subsistencia. Si bien cada uno de estos es independiente, entre ellos existe una profunda correlación. Por

ejemplo, el derecho a la vivienda digna satisface la necesidad humana de disponer de un sitio de habitación propia o ajena que cuente con condiciones suficientes para que las personas desarrollen allí de manera digna su proyecto de vida. Como se aprecia, en este examen existe una profunda relación entre los dos pues en caso de que se viera lesionado el derecho a la vivienda digna, se podría vulnerar el derecho fundamental al mínimo vital. En todo caso, los dos buscan que las personas puedan desarrollar sus vidas de manera digna. (Sentencia T-662 de 2013).

Como puede concluirse, de la transcripción de los apartados de la Sentencia de tutela, se trata de un principio que busca asegurar a las personas los títulos que las acreditan como propietarias de sus predios y que el derecho a disponer de sus bienes no se torne en meras expectativas sino en realidad. En la Sentencia C-73 de 2018, la Corte Constitucional se ocupó de estudiar el Decreto Ley 902 del 29 de mayo de 2017, cuya finalidad se expuso era la de adoptar medidas para implementar la reforma rural integral, contemplada en el acuerdo final en materia de tierras, especialmente el procedimiento para el acceso y formalización de las tierras y viviendas campesinas.

En materia sobre la legalización de las tierras rurales, la Corte considera que uno de los puntos para los cuales se promulgó la Ley 902 tenía entre sus propósitos definir de forma adecuada las reglas para transar y acceder a la propiedad sobre la tierra y la protección de los derechos de propiedad. Y con tal finalidad transcribió del Decreto 902 de 2017, que calificó de ser compatible con el Acto Legislativo 1 de 2016 y que tiene como finalidad:

Hacer el tránsito hacia una sociedad que cuente con reglas claras para transar y acceder a la propiedad sobre la tierra requiere una adecuada definición y protección de los derechos de propiedad. Considerando que actualmente existen distintas situaciones que afectan la seguridad jurídica sobre la tenencia o la propiedad de la tierra en Colombia y la necesidad de encontrar una solución que atienda las realidades del país, *sin perjuicio de lo establecido en materia de acceso a la tierra*, el Gobierno conformará un grupo de 3 expertos/as en el tema de tierras que en un plazo no mayor a 3 meses hagan recomendaciones de reformas normativas y de política pública que permitan en un tiempo limitado y cuando sea posible.

Lo anterior dio lugar a que se crearan compromisos para formalizar la propiedad rural y, además, como lo resalta la Sentencia:

Se planteó una meta programática que implica el rediseño estructural y las reformas significativas sobre el régimen de la propiedad privada en el país, siendo esto último, lo único para lo cual se hace referencia expresa al trámite ante el Congreso de la República. (Sentencia C-73 de 2018).

El segundo principio, que garantiza formalmente la vivienda digna tiene que ver con la “disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura”. Al respecto, en la Sentencia T-131 de 2016 se explicó que la seguridad jurídica de la tenencia de la vivienda debe conllevar que gocen de cierto grado de protección contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. (Sentencia T-131 de 2016). Ya en Sentencia T-197 de 2014, la Corte había dicho que la:

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a [...] instalaciones sanitarias y de aseo, [...] de eliminación de desechos, de drenaje [...].

f) Lugar. La vivienda adecuada [...] no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes. (Sentencia T-197 de 2014).

Otras sentencias, como la T-451 de 2019, reiteran que en la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se precisan las reglas que deben ser tenidas en cuenta para que se configure “una vivienda apropiada” y los enumera como los citamos al tenor de la Sentencia T-420 de 2018.

Sobre los “gastos soportables”, el artículo 51 constitucional, luego de reconocer que todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna, demanda del Estado promover planes de vivienda de interés social, con sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de esos programas de vivienda. Por gastos soportables se debe entender aquellos que no comprometan la satisfacción de otros bienes para garantizar la vida digna.

No queda duda que el compromiso constitucional ha dado lugar a la implementación de los auxilios de vivienda de interés social, a la cual acceden personas que deciden adquirir viviendas de esta naturaleza.

Sobre este tema, la Corte en Sentencia T-526 de 2016 explicó que los subsidios de vivienda familiar son dispositivos del Estado para desarrollar progresivamente el derecho a la vivienda digna, sobre todo cuando se está en presencia de personas de bajos recursos. Recuerda que en la Sentencia C-057 de 2010 la Corte había dicho que:

En cuanto a su efectividad, el derecho a la vivienda digna no se realiza solamente en la adquisición del dominio sobre el inmueble, sino, también, en la tenencia de un bien que posibilite su goce efectivo, esto es, que permita el acceso real y estable a un lugar adecuado en donde una persona y su familia puedan desarrollarse en condiciones de dignidad...

Para desarrollar la política social de vivienda de las clases menos favorecidas, el Estado creó el sistema de vivienda de interés social, y diseñó el subsidio familiar como uno de los mecanismos idóneos para su realización efectiva. El régimen normativo del subsidio establece requisitos y condiciones especiales dirigidas a posibilitar la adquisición de una vivienda digna por personas de escasos recursos económicos, de modo que mediante actos positivos se pueda concretar el derecho constitucional del [artículo] (sic) 51 de la CP y la garantía de acceso de las personas postulantes en condiciones de igualdad.

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 91 de la Ley 388 de 1997, los recursos que destine el Gobierno Nacional para la asignación de los subsidios de vivienda de interés social que se canalizan por conducto del Fondo Nacional de Vivienda se dirigirán prioritariamente a atender las postulaciones de la población más pobre, dentro de la cual se encuentran las personas no vinculadas al sistema formal de trabajo. De igual manera las personas afiliadas al sistema formal de trabajo deberán ser atendidas en forma prioritaria por las cajas de compensación familiar, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 y los artículos 63 y 67 de la Ley 633 de 2000 y Ley 789 de 2002. (Sentencia T-526 de 2016).

En esta misma oportunidad, la que en varios fallos se ha ocupado de los subsidios de vivienda, los cuales son tenidos como instrumentos:

Con que cuenta el Estado, para lograr que los ciudadanos, con escasos recursos económicos, puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas,

dando así aplicación al derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 51, y que es un aporte estatal que se entrega por una sola vez al beneficiario, el cual puede estar representado en especie o en dinero, y está dirigido a que personas con escasos recursos económicos puedan acceder a una vivienda o a mejorar la que ya tiene. (Sentencia T-526 de 2016).

Como ejemplo de tales instrumentos, encontramos el llamado subsidio familiar de vivienda, con el que el Estado busca que los colombianos con mayores necesidades tengan la oportunidad de adquirir una vivienda. Este subsidio familiar de vivienda, es una *contribución del Estado* en dinero o en especie entregado por una sola vez al hogar beneficiario, que no se devuelve y que constituye un complemento para facilitar la adquisición de vivienda nueva, construcción en sitio propio o mejoramiento de vivienda de interés social.

Otro de los puntos o principios para estudiar, es la llamada habitabilidad que debe cumplir la vivienda digna. Se entiende que una vivienda apropiada debe garantizar a sus habitantes u ocupantes el espacio adecuado que garantice “su seguridad física, protección del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y vectores de enfermedad” (Sentencia T-526 de 2016).

Sobre el concepto de la asequibilidad, como exigencia de la vivienda digna, se entiende el acceso pleno y sostenible de los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Estos dineros deben concederse a las personas en situación de desventaja, en cierto grado de consideración prioritaria y teniendo en cuenta sus necesidades especiales. (Sentencia T-526 de 2016). Para la Corte:

La asequibilidad consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia de la vivienda. Tal acceso ha de tener en consideración especial a los grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad, así como la especial protección obligatoria para las personas desplazadas y víctimas de fenómenos naturales. [...] Lo anterior no resulta suficiente si el gasto asociado a la vivienda les impide el acceso y permanencia en la vivienda o el cubrimiento de tales gastos implicara la negación de otros bienes necesarios para una vida digna. En este orden de ideas, se demanda de parte de los Estados políticas que aseguren sistemas adecuados para costear la vivienda, tanto para financiar su adquisición como para garantizar un crecimiento razonable y acorde con el nivel de ingresos, de los alquileres, entre otras medidas. (Sentencia T-526 de 2016).

Se suma a lo anterior, que para la Corte la “asequibilidad” es una característica de la vivienda adecuada, a los que tengan derecho. Se debe conceder a las personas que presenten dificultades como las de mayor edad, a las personas con VIH, niños, con limitaciones físicas o mentales, a las víctimas de desastres de la naturaleza y personas que en general tienen necesidades especiales.

Respecto a las personas en situación de discapacidad y la vivienda digna, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse, así por ejemplo en Sentencia T-420 de 2016 sostuvo que, atendiendo a los mandatos de la Carta Política en materia de igualdad, es deber del Estado proteger a las personas que por condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. Cita como ejemplo a las personas con discapacidad y se apoya en los instrumentos internacionales y leyes expedidas para garantizar esa protección.

De los instrumentos internacionales, ratificados por Colombia, menciona la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. De este instrumento destaca como finalidad:

[...] prevenir y excluir todas las expresiones de discriminación contra las personas en situación de discapacidad, así como propiciar su plena integración a la sociedad. Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas para: (i) eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración social por parte de las autoridades gubernamentales y entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, *la vivienda*, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia, los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; (ii) lograr que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas que presenten alguna discapacidad y, (iii) suprimir en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso en favor de este grupo social (artículo 3).

Entre los tratados internacionales que se han ocupado del tema cabe mencionar, comenzando por los emanados de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), la Declaración de

las personas con limitación (1983) y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (de carácter no vinculante, adoptada en 1993). El Convenio 159 de la OIT, la Recomendación 168 de la OIT de 1983, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos (Unesco 1981). Además de los anteriores instrumentos, específicamente dirigidos a la población en condición de discapacidad, la Corte ha identificado otros tratados multilaterales que protegen también, aunque de manera global y menos directa, los derechos de ese grupo especial de personas. Entre estos, deben destacarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales suscritos ambos en 1966, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como los instrumentos relativos a la eliminación de distintas formas de discriminación. (Sentencia T-420 de 2016).

Igualmente, la Sentencia menciona la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006<sup>23</sup> aprobada en nuestro país mediante la Ley 1346 de 2009 y cuyo propósito, plasmado en el artículo 1º, “es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. (Sentencia T-526 de 2016).

Así mismo, del citado instrumento internacional, se destaca la inclusión del principio general de la no segregación, comprometiéndose los Estados a velar por la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, entre otros (artículo 3º de la Convención). En este sentido, los Estados se obligan a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en situación de discapacidad; y adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención.

Continuando con el texto de la habitabilidad, la Corte se apoya en el Comité de Derechos Económicos y Culturales para precisar aún más el concepto de la vivienda digna. Para este Organismo:

---

<sup>23</sup> El Estado Colombiano aprobó la referida Convención mediante la Ley 1346 de 2009 y la ratificó en el año dos mil once (2011).

En la Observación General No. 4<sup>24</sup>, el Comité desarrolló el contenido del derecho a la vivienda adecuada y a grandes rasgos señaló qué implica el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. En particular, determinó que el hecho de que la vivienda sea calificada como adecuada envuelve el derecho para disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, un espacio con seguridad, iluminación y ventilación apropiados y una infraestructura básica idónea, todo ello a un costo razonable.

En punto de asequibilidad, la Corte ha manifestado que al ser la vivienda un derecho de todos, el Estado debe conceder el acceso pleno a los recursos adecuados para conseguir una vivienda a todos los que se encuentren en situación de desventaja. De manera que en algunas sentencias de tutela como la T-408 de 2008, la Corte estudió el caso de una mujer que presentó acción de tutela para que se le ampararan sus derechos vulnerados por las Empresas Públicas de Medellín, al negarse a instalar el servicio público de energía eléctrica en su vivienda, con base en que esta se encontraba ubicada en una zona de alto riesgo.

La sentencia narra que la Alcaldía al contestar la tutela dio cuenta de que había cumplido con la instalación del servicio público de energía eléctrica. Sin embargo, la Corte comprobó que la vivienda estaba ubicada en una “zona de alto riesgo no recuperable”. Dicha circunstancia constituía una violación al derecho a la vivienda digna, toda vez que se encontraba amenazada. Luego, discurrió sobre las obligaciones de las autoridades administrativas, como las de “desarrollar mecanismos idóneos y eficientes con el fin de reubicar a las personas que se encuentran viviendo en zonas catalogadas como de alto riesgo”. Como consecuencia, declaró el objeto de la tutela superado, pero requirió a la Alcaldía para que tomara medidas de reubicación de las personas que habitaban la zona de riesgo.

Otras decisiones de la Corte, como la que aparece en la Sentencia T-585 de 2008, en la que la administración municipal dejó por fuera de un plan de protección, al examinar el caso y considerar que a esta se le había dejado por fuera de la protección porque el predio que habitaba lo había adquirido con posterioridad al censo se hizo para sanear los predios afectados. Al respecto, el Tribunal constitucional señaló que al excluir al ciudadano de:

---

<sup>24</sup> En este instrumento, el Comité interpretó el numeral primero del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los beneficios pretendidos por el hecho de no habitar el predio en la fecha del censo constituye una conducta a todas luces inconstitucional en el caso concreto pues se deriva de la interpretación desarticulada de las normas en la materia que, como antes señaló, no prevén que el actor estuviera obligado a habitar el predio con antelación a la declaratoria de alto riesgo para acceder al programa de reasentamientos. (Sentencia T-585 de 2008).

Se observa que en ocasiones las autoridades dan prelación al derecho adjetivo sobre el derecho fundamental, se le rinde culto más a la forma que al fondo del asunto para tratar. Las mismas autoridades habían calificado el predio de riesgoso y por eso le negaban el servicio público de luz a la tutelante, pero ante la acción de tutela se apresuraron a instalar la energía en el sector, sin importar la calificación de riesgoso con que lo habían etiquetado. Además, fueron negligentes en permitir nuevos asentamientos humanos en esa zona. Luego, si permitieron el riesgo para el predio del adquirente posterior al censo, debieron adoptar medidas de saneamiento.

En la Sentencia T-526 de 2012, la Corte se pronunció a favor de una persona que solicitó amparo al derecho de petición contra la Alcaldía de un municipio porque se le negó información sobre la situación de riesgo en que se encontraba su vivienda, ubicada cerca de una quebrada. Como era de esperarse, y consecuente con los conceptos de vivienda digna que a partir de la Carta Política de 1991 la Corte ha venido desarrollando, no solo le recordó las obligaciones de dar:

(i) información actual y completa de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes que se encuentran en su municipio, y (di) adoptar las medidas necesarias de reubicación de las personas que se encuentren ubicadas en las zonas donde se ponga en riesgo sus derechos por las condiciones del terreno. (Sentencia T-526 de 2012).

La Sentencia destaca que además de las condiciones de peligro en que se encuentra la vivienda, la accionante es una persona en situaciones de vulnerabilidad, toda vez que es madre cabeza de familia, con hijos menores de edad y sin capacidad económica para satisfacer por sí misma la consecución de una vivienda digna. La tutela falla ordenando la ubicación temporal de la accionante y a su grupo familiar hasta que se tomen medidas que garanticen el acceso a una vivienda de interés social.

A la Corte tampoco le han sido extraños los derechos de personas que deben ser desalojadas de determinados sitios. Así, en la Sentencia T-349 de 2012, la Corte acoge las indicaciones que da la Observación General No. 7 sobre los casos en que las autoridades deban recuperar bienes fiscales o de uso público. En estos casos las autoridades deben implementar medidas para proteger los derechos de las personas, “particularmente el derecho a la vivienda digna”. Dice la Sentencia que las autoridades deben:

(i) garantizar el debido proceso, (ii) consultar previamente a la comunidad afectada, (iii) notificarla de la decisión de desalojo en un plazo suficiente y razonable, (iv) suministrar a los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y a los fines que se destinarán las tierras o las viviendas; (v) estar presentes durante la diligencia; (vi) identificar a todas las personas que efectúen el desalojo; (vii) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; (viii) ofrecer recursos jurídicos efectivos a los afectados; y (ix) ofrecer asistencia jurídica a la comunidad para solicitar la garantía de sus derechos y, si es del caso, la reparación de los daños que les cause. (Sentencia T-349 de 2012).

Igualmente, en la reflexión se manifestó la necesidad de que los Estados garanticen los derechos fundamentales de las personas, además de recomendar que “se proteja el derecho a la vivienda digna de los afectados con posterioridad al desalojo, con el objetivo de impedir que su situación se haga más gravosa”. La Corte precisa que, “si la comunidad afectada no cuenta con recursos propios para proveerse una solución de vivienda digna, las autoridades deben adoptar todas las medidas necesarias para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a otras tierras productivas, según proceda” (Sentencia T-349 de 2012).

Para finalizar el presente estudio, a través del cual solo se quiere mostrar la importancia que para los colombianos tiene la Constitución de 1991, en materia de vivienda presentamos algunas breves consideraciones. Así, hemos destacado los principios que orientan el concepto y que han permitido a la Corte interpretar a favor de los nacionales, el artículo 51 de la Carta Política. Siendo tal la importancia de estos análisis jurisprudenciales que han motivado al Congreso para promulgar normas y hacer realidad la vivienda digna.

Pero no se trata solamente de lanzar palabras que invocan la protección, sino que a través de múltiples tutelas se ha ido exigiendo de las

autoridades administrativas el cumplimiento de tales principios, amén que se ha explicado el alcance de estos, para proteger, en forma real y no meramente formal, a los sectores menos favorecidos de la sociedad.

A las autoridades, la Constitución y las normas, les impone conocer las zonas de riesgo que tienen estas y que comprenden el territorio nacional, para tomar las medidas necesarias con el fin de proteger a los habitantes, sin discriminación por sus condiciones de vida o porque llegaron a habitar el lugar, después de censos de población que se suelen hacer para reubicar. Y por supuesto, esto se explica en la medida en que, ante el descubrimiento de un asentamiento humano en zona de riesgos, las autoridades no solo deben buscar la protección, sino que deben tomar medidas para evitar que otras personas se ubiquen en esas zonas de riesgo. De no hacerlo y permitir que otros ocupen esos terrenos, no es causal para excluirlos de los programas.

No obstante, el amplio desarrollo constitucional, en torno a temas relacionados con el concepto de vivienda digna y la responsabilidad que, se reitera deben tener los servidores públicos, son múltiples los casos en que personas humildes y menos favorecidas de la sociedad afrontan por los daños que se suceden en las zonas que habitan, ante la indiferencia de las autoridades.

Basta con hacer un recorrido por pueblos y ciudades y observar que, hacia las márgenes de ríos, quebradas y lomas con terrenos deleznable, personas desplazadas y abandonadas de la sociedad construyen sus viviendas. Moradas que carecen de todas las condiciones de dignidad que pregonan las sentencias de la Corte, y que muy seguramente serán objeto de tragedias con pérdidas de vidas humanas, cada vez que llega el invierno y repetimos, ante la mirada indolente de quienes tienen el deber de velar por la protección. El artículo 25 del Código Penal en el inciso segundo señala que:

Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevase a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Sobra repetir que las autoridades tienen a su cargo hacer realidad y proteger la vivienda digna para todas aquellas personas que están necesitadas de una protección reforzada y no lo hacen como lo manda la Constitución y la Ley. Las autoridades, sin embargo, tienen acciones de salvamento cuando a pesar de los cuidados, se producen daños físicos y económicos a las personas asentadas en zonas de riesgo, ante la indiferencia de quienes tienen el control de las regiones.

Por último, esperamos que este breve estudio sobre el aporte de la Carta Constitucional de 1991 despierte interés e inquietudes en los lectores, para que en la medida que la vivienda digna para todos sea realidad y no mera retórica. Sobre todo, que no se produzcan más pérdidas de vidas humanas por causas de viviendas que no podemos calificar de dignas.

## Conclusiones

- Si bien la Constitución Política de Colombia en su artículo 51 precisa que todos los ciudadanos tienen derecho a una vivienda digna, este concepto se ha desarrollado en nuestro país gracias a las múltiples sentencias de la Corte Constitucional, entre las que se destaca la T-986 A, de 2012.
- Ha sido, justamente, la Corte Constitucional la institución que ha señalado que el derecho a una vivienda digna emana no solo de la Carta Fundamental sino de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por tanto, en razón al bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de nuestra Constitución, forman parte de nuestro ordenamiento interno.
- Una vez se produjo el reconocimiento de la relación entre la vivienda digna y la dignidad humana, la Corte Constitucional le dio el carácter de derecho subjetivo o de naturaleza fundamental y aceptó su protección por vía de tutela.
- En reiterados pronunciamientos, la Corte Constitucional se ocupó de definir el concepto de vivienda digna, precisando que este implica que las personas que habitan un lugar, con independencia de que sea propia o ajena, permita el desarrollo de condiciones de vida adecuada para su integridad física y sus vidas no corran peligro, por causa del lugar donde habitan.

- De acuerdo con las amplias consideraciones de la Corte Constitucional sobre la vivienda digna, surge también para el Estado la obligación de velar por la seguridad de las personas, para que no sufran consecuencias funestas para la salud y la vida por causa de la vivienda. De incumplir estas obligaciones, surge el deber de salvamento y de suyo las consecuencias penales que anuncia el artículo 25 del Código Penal colombiano, por violentar la posición de garante.

## Referencias

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4: El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Sexto Período de Sesiones (1991), Doc. N.U. E/1992/23 (abr. 23/92).
- Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Numeral 8 de la Observación General 4.
- Decreto Ley 902 de 2017 (mayo 23). Diario Oficial No. 50.248 de 29 de mayo de 2017. Presidencia de la República. “Por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras”.
- Sentencia T-408 de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Sentencia T-585 de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-057 de 2010. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sentencia T-349 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-526 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sentencia T-986A de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-662 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia T-197 de 2014. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alberto Rojas Rios.
- Sentencia T-131 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-420 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T-526 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-73 de 2018. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Sentencia T-420 de 2018. Corte Constitucional de Colombia. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo

Sentencia T-206 de 2019. Corte Constitucional de Colombia M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Sentencia T-451 de 2019.Corte Constitucional de Colombia. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

## 5. La emergencia económica como un mecanismo para la creación de tipos penales de contenido económico

Germán Leonardo Ruiz Sánchez<sup>25\*</sup>

### Introducción

Desde la Constitución de 1886, el Estado colombiano ha acudido a la figura de la emergencia económica para tratar de superar las crisis financieras que se presentan de manera cíclica. A través de esta institución, consagrada en la Carta de 1886, en el artículo 222, y en la actual en el artículo 215, se han creado y modificado normas de contenido penal, las cuales, en su gran mayoría, han superado la revisión de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, desde luego con importantes salvamentos de voto.

En el marco de las actividades dispuestas por la Universidad de Ibagué y el Programa de Derecho, para la celebración de los treinta años de la Constitución Política de 1991, dentro del proyecto de investigación que busca evidenciar la relación entre la Constitución y el derecho penal económico, hemos retomado un tema que nunca pierde vigencia, como es el relativo al estado de excepción de la emergencia económica y los delitos contra el orden económico social (Ruiz Sánchez, 2011), los que son de tal intensidad, que se habla de la existencia de un derecho penal constitucional.

En el presente capítulo, la tesis que nos proponemos demostrar es la relativa al modo como en Colombia por parte del Ejecutivo se ha hecho uso de los estados de excepción por emergencia para la creación de

<sup>25\*</sup> Abogado de la Universidad de Ibagué. Magistrado del Tribunal Superior de Neiva.

tipos penales relativos al bien jurídico del orden económico social, y con los cuales, en últimas, se ha buscado conjurar los problemas sociales que ocasionaron el estallido de las crisis financieras, sin importar la eficacia de esas medidas legislativas de emergencia y las demás problemáticas que los delitos de emergencia generan frente al derecho penal.

### **5.1. De los estados de excepción en la Constitución Política de 1991**

En la Constitución Política de 1991, se consagran tres estados de excepción: guerra exterior, conmoción interna y emergencia. Respecto de su objeto, en palabras del profesor Eduardo Cifuentes Muñoz:

El propósito del constituyente es el de distinguir los escenarios de la normalidad y de la anormalidad, dejando claro que inclusive este último se sujeta al imperio de la Constitución. La respuesta que el ordenamiento ofrece a la situación de anormalidad es jurídica, aunque su naturaleza, estructura y limitaciones revistan una particularidad que se explica por el fenómeno al cual se remite. (Cifuentes, 2002, s. p.).

De acuerdo al profesor Cifuentes Muñoz (2002), los principios que regulan los estados de excepción son los siguientes:

#### ***5.1.1. Principio de taxatividad o *numerus clausus de circunstancias extraordinarias****

En relación con este principio, Cifuentes Muñoz considera que las alteraciones de la normalidad que constituyen el régimen de excepción, son únicamente las previstas en la Constitución, a saber:

- Guerra exterior (estado de guerra exterior).
- Grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (estado de conmoción interna).
- Perturbaciones graves e inminentes, del orden económico, social y ecológico del país, o hechos que constituyan grave calamidad pública (estado de emergencia). (Cifuentes, 2002, s. p.).

### **5.1.2. Principio de formalidad**

Respecto a este principio, el autor en cita se refiere a que:

El ingreso a la anormalidad y la superación de esta situación, se produce en virtud de una declaración –decreto suscrito por el Presidente y los Ministros–, la cual persigue: (1) notificar a la población el ingreso a la anormalidad; (2) expresar la verificación de un hecho habilitante de un estado de excepción, en cuya virtud el Presidente podrá expedir Decretos-Legislativos y restringir los derechos; (3) poner en acción los controles políticos (Congreso) y jurídico (Corte Constitucional) sobre la actuación del Gobierno. (Cifuentes, 2002, s. p.).

### **5.1.3. Principio de proporcionalidad**

En la disertación a la que nos venimos refiriendo, el profesor Eduardo Cifuentes Muñoz (2002), nos muestra como:

El uso de los poderes excepcionales debe comportar el mínimo sacrificio posible, compatible con la situación extraordinaria y la necesidad de conjurarla, del régimen constitucional ordinario. Por consiguiente: (1) no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; (2) no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público; (3) el ejercicio de las facultades será sólo el necesario para enfrentar eficazmente la anormalidad; (4) los decretos-legislativos deben guardar una relación de estricta causalidad con la anormalidad y su resolución; (5) las medidas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos; (6) la duración de los estados temporalmente definida; (7) el Presidente y los Ministros, responderán por los abusos que cometan al hacer uso de las facultades excepcionales. (Cifuentes, 2002, s. p.).

### **5.1.4. Principio democrático**

El profesor Eduardo Cifuentes Muñoz, nos muestra con el aludido principio democrático cómo durante los estados de excepción:

El Congreso conserva la plenitud de sus funciones normativas y de control; por lo que, en este caso, estima que la legitimidad democrática se invierte –las medidas primero se expiden bajo la forma de decretos–, la misma se reconstituye con posterioridad con ocasión del control constitucional –Corte Constitucional– y político –Congreso–. (Cifuentes, 2002, s. p.).

En consecuencia, en palabras del profesor Cifuentes Muñoz: “la vigencia del principio democrático, llevó a la Corte a limitar el ámbito de la anormalidad, recurriendo a categorías y conceptos propios de la teoría de sistemas” (s. p.):

El ámbito de las instituciones de la anormalidad se reserva para aquellas perturbaciones que puedan poner en peligro elementos y condiciones esenciales del sistema económico, político, social o del medio ambiente, más allá de lo que resulte ser en un momento dado su rango normal de existencia o funcionamiento y que tenga la posibilidad de amenazar con superar el límite crítico. La función de los gobernantes es la de crear condiciones para vivir en la normalidad y controlar que las tensiones no rebasen los márgenes normales, actuando en todo caso cuando todavía se dispone de una capacidad de respuesta antes de que una de ellas llegue al punto crítico y la sociedad y sus instituciones se expongan al colapso. (Cifuentes, 2002, s. p.).

## **5.2. Control de los poderes presidenciales al amparo de los estados de excepción**

Respecto a este control, el profesor Eduardo Cifuentes Muñoz, destaca los siguientes:

### **5.2.1. Control político**

En relación con el control político, a juicio del profesor Cifuentes Muñoz:

Los estados de excepción: no interrumpen el funcionamiento del Congreso, el cual conserva la plenitud de sus atribuciones constitucionales y puede, en cualquier época, reformar o derogar los decretos legislativos. En caso de guerra exterior, la reforma o derogación de los decretos legislativos, requieren el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara. (C.P., artículo 213).

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del estado de conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, entre otros propósitos, a fin de examinar el informe motivado que habrá de presentar el Presidente sobre las razones que determinaron la declaración. (C.P., artículo 213).

Tratándose del estado de emergencia, el Congreso examinará el informe motivado presentado por el Gobierno y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas (C.P., artículo 215). Dentro del año siguiente a la declaratoria de la emergencia, el Congreso

podrá derogar, modificar o adicionar los decretos dictados, inclusive en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. (Cifuentes, 2002, s. p.).

### **5.2.2. Control judicial**

Respecto al control judicial, el profesor Cifuentes Muñoz, señala que este se conserva en el estado de anormalidad, como quiera que según:

Los artículos 214-6 y 215 –parágrafo de la C.P.–, el gobierno enviará a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades excepcionales, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. (Cifuentes, 2002, s. p.).

Control judicial que según el profesor Cifuentes Muñoz, en materia constitucional respecto de los decretos que declaran un estado de excepción, se divide, de un lado, en:

Un control formal, referido a la concurrencia de ciertos requisitos que exige la Constitución: existencia de motivación; firma del Presidente y los Ministros; período de duración, que por varios lustros fue el único existente en vigencia de la Constitución Política de 1886. (Cifuentes, 2002, s. p.).

Y de otro lado: en un: Control material –el que fue asumido por la Corte Constitucional a partir del año 1991, “y se ocupaba de establecer la existencia real de las circunstancias y hechos en los que se sustenta la respectiva declaratoria del estado de excepción” (s. p.). Las razones que lo apoyan son las siguientes:

- En el estado de derecho, no existen poderes omnímodos.
- El control circunscrito a los aspectos formales, carece de relevancia y no amerita que se adscriba al máximo órgano de la jurisdicción constitucional.
- La Constitución atribuye a la Corte el control constitucional de los decretos dictados al amparo de los estados de excepción, sin hacer entre ellos distinción alguna.
- El control integral es el único que asegura la primacía de la Constitución como norma de normas.
- Si se omite el control material, los poderes del Presidente, en la materia, serían supraconstitucionales.

A la Corte corresponde la guarda de la ‘integridad’ y de la ‘supremacía’ de la Constitución. (Cifuentes, 2002, s. p.).

### **5.2.3. Control constitucional de los decretos dictados en desarrollo de los estados de excepción**

El profesor Cifuentes Muñoz nos enseña que en este control en concreto:

La Corte Constitucional realiza un examen constitucional integral de los decretos legislativos dictados por el Presidente, en que se confronta cada decreto con el universo de las normas constitucionales.

Entre otros aspectos, el examen constitucional se ocupa de verificar, en primer término, la relación de causalidad y conexidad de la medida con la situación específica que hubiere determinado el estado de excepción. Esta relación debe ser ‘directa y específica’. En segundo término, se toma en consideración la ‘proporcionalidad’ de las medidas con referencia a la gravedad de los hechos. (Cifuentes, 2002, s. p.).

### **5.3. Antecedente de los estados de excepción en la Constitución Nacional de 1886**

En la Constitución Nacional de 1886, se consagró el denominado estado de sitio en el artículo 121, bajo el siguiente postulado:

En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.

Norma que mereció muchas críticas por la doctrina constitucional, así por ejemplo, en palabras del profesor y exmagistrado de la Corte Constitucional, Eduardo Cifuentes Muñoz, se le hace la siguiente crítica:

La utilización indiscriminada de este mecanismo excepcional, terminó por restarle eficacia. Lo más grave, el régimen constitucional ordinario, adquirió naturaleza excepcional y, en gran medida, fue desplazado por un conjunto normativo de acento marcadamente represivo, frecuentemente convertido en legislación permanente. (Cifuentes, 2002, s. p.).

El profesor Eduardo Cifuentes Muñoz, destaca que en ese mismo sentido, por parte de la Asamblea Constituyente, convocada paradójicamente en virtud del Decreto de estado de sitio No. 1926 de agosto 24 de 1990, “por medio del cual se ordena a la organización electoral contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990 para que los ciudadanos tengan la oportunidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional”, reaccionó contra el abuso de estado de sitio, en los siguientes términos:

El artículo 121 de la Constitución vigente, que establece el Estado de Sitio, mantiene intacto el espíritu de la Constitución del 5 de agosto de 1886 y su uso exagerado ha ido produciendo una deformación grave del Estado de Derecho en Colombia. [...] Esa aplicación repetida (en ocasiones abusiva) de las normas de excepción, se caracteriza por los siguientes elementos:

- a). Se aplica por igual a la guerra exterior y la conmoción interna, lo cual cubre fenómenos internacionales y sociales de muy diversa índole. En la guerra externa, seguramente hay unidad nacional ante la amenaza exterior. En cambio en el conflicto interno, la sociedad está dividida y enfrentada entre sí.
- b). El Presidente de la República queda ipso facto investido de todas las facultades excepcionales que permite la Constitución acumulando un poder enorme. A pesar de haberse utilizado en exceso ha sido ineficaz para resolver las situaciones de conmoción interna que hemos tenido en los últimos años. [...]
- c) Vulnera el Estado de Derecho al permitir la expedición y suspensión de las leyes sin otra limitación que la presunta conexidad, entre las causas que llevaron a su implantación y las leyes expedidas o suspendidas. Ello significa la invasión desmedida de la órbita legislativa.

- d) Todo lo anterior produce un Estado de Sitio permanente, donde el Ejecutivo queda ‘preso’ en su mantenimiento para conservar vigentes las leyes expedidas, aunque las causales de alteración de la normalidad hayan cesado o cambiado de carácter.
- e) El control constitucional que ejerce la Corte Suprema se ha limitado al ordenamiento jurídico para decisiones que tienen alto contenido político por lo que su concepto ha sido objeto de interpretaciones muy variables, aunque se ha ido consolidando una doctrina al respecto. (Cifuentes, 2002, s. p.).

#### **5.4. De los estados de excepción frente a las emergencias financieras y su uso para creación de tipos penales**

Para los fines de nuestro estudio, destacamos dos de las crisis financieras de mayor relevancia en los últimos tiempos, como son las referentes a los años 1982 y 2008, veamos:

##### ***5.4.1. Crisis financiera de 1982***

En 1982, el sistema financiero colombiano sufrió una de las mayores catástrofes que jamás antes se había visto en el territorio patrio, en la que lenta y eficazmente confluyeron múltiples factores desencadenantes, tales como: el crecimiento desordenado en cuanto al tipo y al número de instituciones, la concentración de la propiedad y la malas prácticas en materia de crédito, la estructura del sistema de captaciones del sistema financiero, la desorganización y el relajamiento en los controles, la bonanza marimbera, la bonanza cafetera, el atraso en la legislación financiera (Hernández, 2010), entre otros. Situación que generó grandes daños al Estado, al sector financiero y al público, como fueron la pérdida de billones de pesos y, sobre todo, la pérdida de confianza del público en el sistema financiero.

Situación caótica que llevó al Gobierno Nacional de ese momento, en uso de las facultades excepcionales consagradas en el artículo 122 de la Constitución de 1886, a proferir medidas urgentes e inmediatas para afrontar la crisis y recuperar la credibilidad en el sistema financiero, para lo cual se expidió, en primer lugar, el Decreto 2919 del 8 de octubre de 1982, por medio del cual se declaró el estado de sitio por emergencia económica por el término de 24 horas.

De igual forma, ese mismo día, el Ejecutivo dictó el Decreto legislativo 2920 de 1982, compuesto por cuatro capítulos: El primero. “De las Instituciones Financieras”, en el que se contempla una serie de conductas que los banqueros debían abstenerse de realizar; el segundo, “De la

nacionalización de las instituciones financieras”, que introducía una novedosa institución en nuestro ordenamiento como era la facultad al Gobierno para nacionalizar la banca; el tercero, “De la protección penal de la confianza en el sistema financiero”, en el que se elevó a la categoría de delitos los comportamientos que hasta ese momento eran objeto de regulación por el derecho administrativo sancionador cuya protección radicaba en la alta policía económica ejercida por las superintendencias: bancaria, de control de cambios, de sociedades, de industria y comercio y la comisión de valores, así se crearon tres nuevos tipos penales denominados como absorción interfinanciera o de absorción de entidades industriales y comerciales por entidades financieras, la concentración del crédito y el ejercicio ilegal de la función de intermediación financiera (Hernández, 2005).

Decreto que fue revisado respecto de su constitucionalidad por la Sala de Asuntos Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 2 de diciembre de 1982, con ponencia del H. magistrado Ricardo Medina Moyano, en la que se declaró su total conformidad con la Constitución, salvo el literal c del artículo 6º y una palabra del artículo 10º; providencia que presentó varios salvamentos de voto.

#### ***5.4.2. Crisis financiera de 2008***

La segunda de las crisis financieras, se presentó en el año 2008, la que según el profesor Hernández Quintero (2009), se desarrolló cuando se estaba, una vez más, ante la presencia en el territorio patrio del fenómeno de las pirámides y ante la caída estridente de la pirámide DRFE (Dinero Rápido Fácil y Efectivo) y la forzada y tardía intervención por el Gobierno Nacional de la firma DMG (David Murcia Guzmán), con las consecuentes alteraciones al orden público por las personas que perdieron su dinero en estas captadoras, llevaron al Gobierno Nacional, al igual que en 1982, a hacer uso del estado de emergencia para afrontar la crisis, se profirió el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, por medio del cual se decretó el estado de emergencia económica y social en todo el territorio nacional por el término de 30 días. Decreto que fue revisado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, en la que se le declaró exequible.

En desarrollo del estado de emergencia económica y social, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008,

por medio del cual se modificó el artículo 316 del Código Penal —captación masiva y habitual de dineros—, aumentando los verbos rectores y las penas, así como adicionando el artículo 316 A de la Ley 599 de 2000 y creándose un nuevo tipo penal para sancionar a los captadores ilegales que no reintegren a sus clientes los dineros de ellos recibidos. Decreto que fue objeto de revisión constitucional por medio de la Sentencia C-224 de 2009, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en la que se declaró su exequibilidad, pero con la advertencia que solo tendría vigencia por el término de un año contado a partir de su expedición.

#### ***5.4.3. La Ley 1357 de 2009, producto de la emergencia económica de 2008***

El Gobierno, por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de atacar el fenómeno de las pirámides, presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 154 de 2008 Senado, en el cual se proponía, específicamente, aumentar las penas para los infractores del artículo 316 —captación masiva y habitual de dineros— y se creaba el artículo 325 A del Código Penal —omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo—.

La sustentación, en relación al aumento de penas de la captación masiva y habitual de dineros, el Gobierno la fundamentaba en el hecho de que este comportamiento es pluriofensivo y genera un gran daño a la sociedad, además, en la necesidad de evitar que sus responsables fueran favorecidos con la detención domiciliaria. El proyecto expresaba:

En efecto, el delito de captación masiva, no sólo afecta el sistema financiero en general sino indudablemente el ahorro público, afectando, por esta vía, el orden económico del país. Por lo tanto, la conducta punible que se sanciona en este tipo penal, presenta una naturaleza pluriofensiva que amenaza gravemente varios intereses jurídicos protegidos, como lo son el orden económico y social, el sistema financiero, y el patrimonio económico y, en consecuencia, exige un especial tratamiento normativo que lo ubique en un marco de mayores consecuencias punitivas que sean proporcionales al grave daño que esta conducta causa.

Así las cosas, es de la mayor importancia que el Estado colombiano endurezca las consecuencias de realizar estas actividades buscando así desestimularlas en forma contundente. Pero el endurecimiento de la sanción imponible no debe limitarse a aumentar el tiempo de la pena sino que

debe propender por garantizar que la sanción cumpla efectivamente su objetivo de desestímulo de la conducta, por lo cual se propone, que la pena cree una prevención especial respecto de la persona que sea sancionada, de manera que se excluya la posibilidad de aplicación de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, o beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena. (Proyecto de Ley N° 154 de 2008 Senado).

Proyecto que, en palabras del maestro Hernando Hernández Quintero (2009), no despertó ningún interés en los legisladores y el Gobierno tampoco impulsó con ahínco su aprobación, al punto que fue archivado en la Comisión Primera del Senado. No obstante, cuando la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del Decreto 4336 de 2008, al advertir que su contenido solo tendría vigencia por un año, esto es, que perdería vigor jurídico el 17 de noviembre de 2009, el Gobierno interesó al Parlamento en la expedición de una ley que convirtiera en legislación permanente esta disposición. Así, se expidió la Ley 1357 de noviembre 12 de 2009, que en su artículo primero modificó el artículo 316 del Código Penal —Captación masiva y habitual de dinero— y en el artículo segundo adicionó el artículo 316 A de la Ley 599 de 2000 —Código Penal—, conservando los términos de las normas de emergencia. De esta forma, las nuevas disposiciones son del siguiente tenor:

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 dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otros de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.

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.

#### **5.4.4. Las problemáticas que plantea la creación de tipos penales durante los estados de excepción**

A nuestro criterio, acorde con los juiciosos estudios que sobre la temática ha efectuado el maestro Hernández Quintero, el derecho penal económico de emergencia o que se crea en los estados de excepción o al finalizar su existencia, producto de esta, presenta varias problemáticas, veamos:

Un primer problema que se advierte, está en el desconocimiento afectación de los principios de la *ultima ratio* y reserva legal, para resolver problemas sociales con normas penales.

Otro problema, es el relacionado con la improvisada y deficiente redacción de los tipos penales que se dictan como producto de la emergencia. Tal y como lo acusa la doctrina, así por ejemplo, el profesor Hernando Hernández Quintero, en su magno tratado de derecho penal económico, tras reconocer las buenas intenciones que pudo tener el Gobierno como legislador de excepción, destaca: “...Contrasta la improvisación de nuestros legisladores con la diligencia de los autores del Código Penal alemán, codificación que fue enriquecida con la recolección de datos y discusión sobre su valoración por más de ocho años...”, agregando: “Qué decir, entonces, de una legislación penal financiera como la contenida en el Decreto 2920, elaborada en un día, sin antecedentes para consultar, sin explicaciones precisas sobre su conveniencia y sin estadísticas que soporten la necesidad de una tipificación” (Hernández, 2005, p.382).

Desde luego, este no es un problema minúsculo o superfluo, pues la forma como sean redactados los tipos penales de emergencia económica tendrán incidencia en su represión, así por ejemplo, en palabras de mi maestro Hernando Hernández Quintero, quien indica:

La forma como fueron redactados los tipos penales de emergencia económica no facilitaron la sanción de las conductas realizadas en 1980, pues lógico que no podían tener efectos retroactivos y tampoco han servido para frenar este tipo de delincuencia como lo acreditan las defraudaciones piramidales dirigidas por David Murcia Guzmán, desde DMG, o las de Carlos Alfredo Suárez con DFRE... (Hernández, 2009, p. 201).

No sobra decir que este, por desgracia, no es un defecto propio de los tipos penales de emergencia, pues también se presentan en los que son producto de reformas ordinarias con bastante preparación y estudio, por ejemplo, lo sucedido en el año 2000, cuando se retiraron 30 mil millones

de pesos del Banco Davivienda, por cuenta de un rumor difundido, vía internet, en el que se anunciaba una posible intervención de esa institución bancaria. Situación fáctica que no pudo ser adecuada típicamente en el tipo penal de pánico económico, como quiera que la conducta del emisor del mensaje no era la de generar alteración en el precio de las acciones. Lo que conllevó que en la reforma del año 2000, se dividiera el antiguo tipo penal de pánico económico en tres figuras autónomas: el agiotaje –artículo 301–, el pánico económico –artículo 302– y la manipulación fraudulenta de especies inscritas en Registro Nacional de Valores –artículo 317–, tipo último que se ubicó dentro del capítulo de los delitos contra el sistema financiero (Hernández, 2008).

En segundo lugar, se refiere a que en este se pone en evidencia, como en ningún otro caso, una total ausencia de una política criminal del Estado en esta materia, pues ante una correcta, estructurada y buena política criminal, las posibilidades de llegar al extremo de decretar un estado de emergencia económica tendría que ser mínima o nula, pues el Estado tendría la certeza de contar con una codificación penal que reprima con total eficiencia y eficacia los comportamientos que atenten contra el orden económico y social en todas sus manifestaciones, evitando así todas esas situaciones que por sus nefastas consecuencias llevarían al decreto de un estado de excepción constitucional.

En tercer lugar, tenemos la penalización del derecho administrativo sancionador, como quiera que tal proceso, en primer lugar, pone en evidencia la discusión o debate histórico entre el tipo de normatividad con la que se debe abordar la represión contra los comportamientos que atentan contra el orden económico y social, en la que, por un lado, se propugna por un derecho penal mínimo que afianzado sobre el principio de *ultima ratio* haga uso lo menos posible del derecho penal para salvaguardar el orden económico y social –como la intervención del Estado en la economía– de todos aquellos comportamientos ilícitos que puedan amenazarlo o desaparecerlo y, por otro, se busca utilizar el derecho penal económico como la rama del ordenamiento más eficaz y eficiente para luchar contra la criminalidad económica en la que el derecho administrador ya ha mostrado su ineficacia con la presencia de la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia (Hernández, 2008). Situación que por sí estaría planteando la ineficacia del derecho administrativo sancionador

para recriminar y perseguir a la particular criminalidad que atenta contra el orden económico y social, con toda la resistencia que ello pueda tener.

Un cuarto problema, estriba en determinar si en presencia de la declaratoria de la emergencia económica y social, es posible proferir o definir nuevos tipos penales o aumentar las penas para los existentes a efectos de contrarrestar la situación que llevó a la declaratoria de la anormalidad constitucional.

Ante una eventual respuesta positiva a la problemática anterior, surge un nuevo cuestionamiento, en este caso referido a la potestad de configuración por parte del Legislador de excepción en relación con los delitos contra el orden económico y social; así como a los límites que tendría el Ejecutivo en el ejercicio del *ius puniendi* de excepción, en lo que se refiere a la descripción típica de las conductas, las penas y la temporalidad de los tipos penales.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-224 de 2009, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, se ocupó *in extenso* de dichas problemáticas, estableciendo que, si bien, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción bajo la denominación del poder punitivo consagró la posibilidad de tipificar penalmente algunas conductas cuando se decretare el estado de conmoción interior, no por ello se debía hacer una interpretación restrictiva que admitiera tal aplicación en forma restringida únicamente a esta modalidad de estado de anormalidad, sino que se debía hacer una interpretación más amplia que permitiera también este tipo de facultades en la declaratoria de emergencia económica y social. Al respecto, se indicó por la Corte Constitucional, lo siguiente:

Si bien es cierto que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción consagró bajo la denominación ‘poder punitivo’, la posibilidad de tipificar penalmente conductas y aumentar las penas para el estado de conmoción interior, no por ello puede llegarse a la conclusión excluyente y definitiva de su no aplicación a las demás modalidades de los estados de excepción, como el estado de emergencia económica y social. La no regulación expresa de una facultad en dicha ley estatutaria no puede derivar necesariamente en su prohibición. La posibilidad del legislador excepcional para expedir normas penales durante el estado de emergencia económica y social, no significa que esté exento de cumplir con los controles que le imponen la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

La habilitación constitucional para expedir decretos con fuerza de ley, que con la declaración de estado de emergencia queda facultado el Ejecutivo, le permite asumir temporalmente (durante el estado de emergencia) las funciones propias del Legislador ordinario, excepcionando de esa manera el paso por el Congreso (respuesta que el Legislador a causa de los trámites y procedimientos propios de la formación de leyes no puede otorgar prontamente), pero no la observancia de la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, y apreciado el ordenamiento constitucional en su conjunto y particularmente el artículo 215, al igual que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, no se extrae prohibición alguna para que el Legislador extraordinario pueda expedir normas penales. La norma constitucional citada no establece restricciones en cuanto a la materialidad o temática de los decretos legislativos a expedir y por ello resulta bastante difícil entrar a derivar competencias excluidas, y si bien no todo está permitido, sí es relevante que el Estado pueda disponer de mecanismos de respuesta idónea y oportuna contra el accionar delincinencial en el que la posibilidad de crear o modificar tipos penales durante el estado de emergencia económica y social puede resultar de vital importancia para la supervivencia del Estado. (Sentencia C-224 de 2009).

Asimismo, en relación con la potestad de configuración del legislador penal ordinario con los delitos contra el sistema financiero, destacó que si bien:

En cuanto al bien jurídico ‘orden económico social’ del que hacen parte este tipo de delitos, el legislador penal ordinario goza de un amplio margen de discrecionalidad, para crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado, tal potestad no es absoluta, toda vez que en el ejercicio de ésta, se encuentra sometido a los valores, principios y derechos constitucionales y particularmente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia C-224 de 2009).

En lo que se refiere a las restricciones del poder punitivo del Ejecutivo actuando como legislador de excepción, bajo el estado de emergencia

económica y social, la Corte Constitucional en la referida Sentencia C-224 de 2009, indicó:

La Corte encuentra necesario señalar las limitaciones que se imponen al legislador extraordinario cuando hace uso de la potestad punitiva en el estado de emergencia económica y social, que comprenden: (i) Juicio de restricción material, que para el caso de la emergencia, el artículo 215 de la Constitución se encamina a proteger el ‘orden económico, social y ecológico del país’ o que constituyan grave calamidad pública, de suerte que el poder punitivo del Gobierno, en cuanto a la tipificación de aquellas conductas o modificación de los tipos penales, debe incluir de manera expresa como objeto de protección los mencionados bienes jurídicos, y por tanto sólo es posible sancionar aquellos comportamientos que afecten de manera directa los citados bienes jurídicos definidos constitucionalmente; (ii) Juicio de finalidad. Hace referencia a la competencia para conjurar peligros concretos. Esta restricción no apunta a la delimitación de los bienes jurídicos tutelados sino a los criterios que puede utilizar el Gobierno para describir la conducta perturbadora del orden. No son admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden económico, social y ecológico, sino que demanda una precisión sobre la manera concreta de alterar en forma grave e inminente dicho orden. Se debe verificar en el caso concreto si las conductas están en relación directa con las causas y motivos que expresamente se señalaron en el decreto que declaró la emergencia; (iii) Juicio de necesidad, que se manifiesta en la motivación de la relación de conexidad y en el deber de reflejar esa conexidad respecto a los sujetos activos de los hechos punibles –exigencia de una diferenciación suficiente–. El principio de necesidad se deriva del hecho que la Carta limita las facultades gubernamentales a aquellas ‘destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos’, por lo que solamente se podrán tipificar las conductas que en forma directa estén relacionadas con las causas y motivos que en concreto dieron lugar a la emergencia; (iv) Juicio de estricta razonabilidad y proporcionalidad. Aunque no obstante, las restricciones que acaban de mencionarse sobre el poder punitivo del legislador excepcional durante el estado de emergencia económica y social, no agotan la totalidad de las limitaciones que pueden derivarse de la Carta Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. (Sentencia C-224 de 2009).

De igual modo, respecto a las limitaciones en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del legislador de excepción en el estado de conmoción por emergencia económica y social, en lo relativo a la definición de nuevos tipos penales, se indicó:

Tratándose de la definición del tipo penal, las siguientes son las restricciones: (i) principio de restricción material o la definición constitucional de los bienes jurídicos tutelados, (ii) principio de finalidad —competencia para conjurar peligros concretos—, (iii) principio de necesidad —motivación de la relación de conexidad y deber de reflejar dicha conexidad respecto de los sujetos activos de los hechos punibles (exigencia de una diferenciación suficiente)— y iv) estricta razonabilidad y proporcionalidad. Además, atendiendo las particularidades que reviste el estado de conmoción interior, la Corte aludió a la temporalidad de las medidas legislativas adoptadas que tiene como efecto la absoluta prohibición de su prolongación más allá del término previsto en la Constitución. (Sentencia C-224 de 2009).

Como lo destacamos con anterioridad, otra de las problemáticas que se suscita en torno a la legislación penal económica de emergencia, es la relativa a los desmedidos aumentos de la punibilidad de los tipos penales existentes o de los que se llegaren a crear para afrontar el estado de conmoción.

Igualmente, otra de las problemáticas y críticas que presenta esta normatividad penal de emergencia, es la relativa a la eficacia de los tipos penales que se crean bajo la figura del estado de excepción, en la que se discute que de poco o nada servirá, pues en relación con los hechos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia no se puede aplicar en virtud del principio de legalidad de las penas y de la irretroactividad de las leyes penales, ni tampoco en una gran medida a los hechos futuros por tratarse de una legislación transitoria. Temática que no escapó al juicio de la Corte en la Sentencia C-224 de 2009, al indicar lo siguiente:

En cuanto a las restricciones relativas a las sanciones penales durante el estado de conmoción, la Corte admitió que se introduce dentro del juicio de proporcionalidad un elemento de eficacia normativa que recaerá sobre la sanción. El Gobierno se encuentra sujeto a las siguientes restricciones: (i) cuando se trata de conductas que al momento de decretar el estado de conmoción no estaban consideradas como punibles en la legislación ordinaria, las sanciones impuestas deben ser de tal naturaleza que puedan tener su plena efectividad durante la vigencia del estado de excepción; y (ii) si se refiere a comportamientos que están sancionados en la legislación ordinaria, la pena señalada en la nueva disposición no puede superar el máximo del tipo penal correspondiente, con los agravantes de la legislación ordinaria previstos para dicho tipo, consagrados en el Código Penal. (Sentencia C-224 de 2009).

En relación con la problemática que se venía exponiendo en algunos escenarios de acuerdo con la Sentencia del 2 de diciembre de 1982 de la H. Sala de Asuntos Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, la legislación excepcional o de emergencia proferida por el Ejecutivo con la consecuente afectación al principio de reserva judicial, se había convertido en una legislación con carácter permanente, la Corte Constitucional, en la sentencia en mención, se refirió a tal punto, indicando lo siguiente:

Una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento constitucional y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, como de éstos y los convenios internacionales de derechos humanos, permite señalar que los decretos legislativos penales adoptados durante el estado de emergencia, son de vigencia temporal respetando las particularidades que ofrece el artículo 215 superior. De la misma manera, una interpretación conjunta y finalística de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, conducen a la Corte a sostener que el principio de legalidad de la ley penal, propio del régimen democrático, no puede ser restringido de manera intemporal (vigencia de los decretos) cuando el legislador excepcional ha hecho uso del poder punitivo durante el estado de emergencia. (Sentencia del 2 de diciembre de 1982).

Por tanto, se estableció por la Corte Constitucional que los decretos que se habían proferido en desarrollo de la emergencia económica y social, tendrían un término máximo de vigencia de un año a partir de la entrada en vigencia del decreto. Mientras que en la Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia —Sala de asuntos constitucionales— el 2 de diciembre de 1982, se señaló que las medidas que se tomaban bajo la figura de la emergencia económica tenían la vocación de permanencia, por voluntad expresa del constituyente.

Asimismo, en la Sentencia de 1982, la Corte declaró exequibles las normas que creaban los tres tipos penales del Decreto 2920 de 1982, presentando, entre otros argumentos, que en el precedente de esa Corporación, el Gobierno podía, válidamente, por vía del estado de sitio, modificar el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, sin poner ningún tipo de escollo a la legislación de emergencia que se dictara bajo el amparo del estado de sitio.

## Conclusiones

- Para enfrentar las crisis financieras que se presentaron en los años de 1980 y 2008, el Gobierno nacional utilizó la figura constitucional del Estado de Emergencia Económica, consagrado en el artículo 221 de la Carta de 1886 y en el artículo 215 de la Constitución de 1991. De esta forma, con el Decreto 2920 de 1982, creó los delitos de utilización indebida de fondos captados del público; préstamos no autorizados con accionistas o asociados y la captación masiva y habitual de dineros. A su turno, con el Decreto 4336 de 2008, aumentó la pena para el delito de captación ilegal de dinero y creó el tipo penal de no devolución del dinero captado en forma ilegal, los cuales fueron avalados por la Corte Suprema de Justicia (1982) y la Corte Constitucional (2008).
- La doctrina más autorizada ha señalado que en las normas dictadas al amparo de la emergencia económica es necesario tener en cuenta los principios de taxatividad, formalidad, proporcionalidad, criterio democrático, control político y control judicial.
- La creación de tipos penales durante los Estados de Excepción genera algunos problemas que pueden afectar los conceptos propios del derecho penal tales como la *ultima ratio* y la reserva legal. Asimismo, por la forma apresurada como son adoptados, es fácil detectar problemas de redacción y sobre el alcance de dichas disposiciones.
- A pesar de la discrecionalidad que la Corte Constitucional reconoce al Legislador para la creación de tipos penales en los Estados de Excepción, es recurrente en exigir que se respete en dichas disposiciones los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, aspectos que se extrañan en las elevadas sanciones dispuestas en la reforma penal de 2008 y en la creación de un tipo penal innecesario como lo es el de la no devolución de los dineros captados en forma ilegal.

## Referencias

- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117-146. Recuperado de [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100009](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100009)
- Hernández Quintero, H. (2010). Evolución del Tratamiento Penal de Conductas contra el Sistema Financiero. En Hernández Quintero, H. (director), *Cuadernos de Derecho Penal Económico, No. 4. Delitos Financieros*, (pp.-11-50). Ibagué, Colombia. Universidad de Ibagué.
- Hernández Quintero, H. (2009). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Novena Edición. Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. (2008). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Quinta edición. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. (2005). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Cuarta edición, Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. (2009). El Delito de Captación Masiva y Habitual de Dineros un tipo penal en moda. *Cuadernos de Derecho Penal Económico*, (3). Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.
- Ruiz Sánchez, G. L. (2011). Derecho Penal Económico y Estados de Excepción o de Anormalidad Constitucional. En Hernández Quintero, H. (Director), *Cuadernos de Derecho Penal Económico. Lavado de activos y delitos afines*, No 5, (pp.171-188). Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.
- Sentencia (2 de diciembre de 1982). Corte Suprema de Justicia. Sala de Asuntos Constitucionales. M.P. Ricardo Medina Moyano.
- Sentencia C.224 (2009). Corte Constitucional de Colombia. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-135 (25 de febrero de 2009). Corte Constitucional de Colombia. M.P. Humberto Sierra Porto.

## Bibliografía recomendada

- García, M. (1997). *Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1996*. Bogotá, Colombia: Mimeo.
- Iturralde Sánchez, M. (1998, enero). Estados de Excepción y Razón de Estado en Colombia. *Estudios Ocasionales. Centro de Investigación Socio Jurídicas – CIJUS*, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho.
- Pérez Escobar, J. (1997). *Derecho constitucional colombiano*. Quinta edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.

## 6. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional C-229 de 2009 respecto al delito de captación masiva y habitual de dinero

Sandra Bibiana Vargas Castro<sup>26\*</sup>

### Introducción

El siguiente texto tiene como propósito estudiar la constitucionalidad de la Sentencia C-229 de 2009, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008, por el cual se modificó el Código Penal en virtud del Decreto 4333 de 2008, que declaró el estado de emergencia económica y social, en virtud de la crisis financiera ocasionada por el auge de las pirámides DMG (David Murcia Guzmán), DRFE (Dinero Rápido Fácil y Efectivo), entre otras, las cuales acrecentaron el mercado extrabancario y con ello, aumento de capitales, y elevación de la inflación en aquel momento.

De acuerdo con el mandato del artículo 335 de la Carta Magna, el Estado está llamado a regular las actividades financiera, crediticia y bursátil, entre otras, aun en estados excepcionales este ente debe procurar no solo restablecer el orden interno sino también tomar medidas que permitan contrarrestar la crisis económica y social como ocurrió con el mencionado Decreto 4336 de 2008, para lo cual en la sentencia en mención se realiza un amplio análisis de las causas que motivaron al Gobierno Nacional

<sup>26\*</sup> Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Ibagué. Candidata a Magister de la Universidad de Ibagué. Asesora del Área de Derecho Penal del Consultorio Jurídico de la Universidad de Ibagué. Docente de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Ibagué. Integrante del grupo de investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué.

para adoptar medidas excepcionales y que son motivo de estudio en este capítulo.

Para ello, dividiremos su contenido en cinco partes, a saber: (1) Antecedentes históricos a la declaratoria del estado de excepción en el año 2008. (2) Marco general al control de constitucionalidad de los estados de excepción. (3) Estudio del análisis de conexidad entre el Decreto 4333 de 2019 y el Decreto 4336 de 2019. (4) Aspectos que tuvo en cuenta la Corte para declarar la exequibilidad del Decreto 4336 de 2009. (5) Salvamentos de voto y finalmente, abordaremos las conclusiones.

### **6.1. Contexto histórico en que se desarrolla la conducta de captación masiva y habitual de dineros**

Como tipo penal, la conducta de captación masiva y habitual de dineros encuentra su origen remoto en el año de 1982. En ese entonces, como se conoce, el Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo 2919 de 1982, dictó normas para asegurar la confianza del público del sector financiero como resultado del descubrimiento en varias instituciones financieras de actividades especulativas, de la concentración de las acciones y del crédito, la práctica de actividades destinadas a facilitar la evasión de los deberes fiscales y diversas formas de abuso del derecho de propiedad, lo cual ocasionó graves situaciones de iliquidez que comprometieron la política monetaria estatal (Hernández, 2018).

El Decreto Legislativo 2919 de 1982 fue declarado exequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 83 del 18 de noviembre de 1982. Se expide entonces el Decreto 2920 de 1982, en el que se crea el tipo penal de captación masiva y habitual de dineros, para el cual se impone una sanción penal de prisión de 2 a 6 años.

Posteriormente, el Decreto 1730 de 1991, denominado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incorporó dicha conducta delictiva en términos similares, la cual fue contemplada en el artículo 208 del Decreto 663 de 1993, numeral 3º, el que fuera declarado exequible, igualmente, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-582 de 1996.

En el año 2008 se desata en el país nuevamente una crisis económica, derivada de la proliferación o el aumento de las famosas pirámides como DMG o David Murcia Guzmán, DRFE (Dinero Fácil, Rápido y Efectivo), cuyo propietario era Carlos Alfredo Suárez, Distrinivel, “C.I. Tango Trading Ltda.,” propiedad de Adriana Arango y Hugo Javier Coy, el famoso

grupo Nule, entre otras empresas que alcanzaron a captar 2.5 billones de pesos en el sur del país, las cuales se expandieron por diferentes partes del territorio colombiano, lo cual llevó a que el Gobierno Nacional declarara el estado de emergencia económica y social a través del Decreto 4333 de 2008 (Sentencia de la Corte Constitucional C-135 de 2009) y con ello expediera varios decretos legislativos, entre los que se encuentra el Decreto Legislativo 4336 de 2008 (Hernández, 2018 a).

## **6.2. Marco general al control de constitucionalidad de los estados de excepción**

La Corte recuerda en la Sentencia C-229 de 2009, en primer lugar, que el control jurídico de la Constitución Política, le corresponde a la Corte Constitucional, la cual cumple un papel relevante como guardián de la supremacía e integridad de la Constitución (artículo 241 superior). Dicho control recae sobre los actos jurídicos adoptados por el Ejecutivo en virtud del estado de emergencia comprendiendo tanto el decreto declaratorio como los expedidos en su desarrollo.

La Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, deja en manos del Legislador extraordinario un amplio margen de maniobra para expedir la normatividad que encuentre necesaria para el restablecimiento del orden público, siempre que se ajuste a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, sin que haga una enumeración taxativa de las medidas legislativas que pueden ser adoptadas durante dichos estados de excepción.

Asimismo, el artículo 38 de la Ley 137 de 1994, conocida como la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, señala que durante la situación de conmoción interior el Gobierno tendrá “además” otras medidas concretas de intervención como:

La posibilidad de tipificar penalmente conductas y aumentar las penas para el estado de conmoción interior, no por ello puede llegarse a la conclusión excluyente y definitiva de su no aplicación a las demás modalidades de los estados de excepción, como el estado de emergencia económica y social... [y esto con el fin de que]... El Estado pueda responder de manera oportuna e idónea a la amenaza o perturbación grave e inminente del orden económico y social. No se traiciona, entonces, el principio democrático, al contrario, se profundiza en la democracia, reitera la Corte. (Sentencia C-224, 2009).

De acuerdo con la misma Sentencia, la Corte recuerda la posibilidad de que el Legislador esté facultado excepcionalmente para expedir normas penales durante el estado de emergencia económica y social, esto no significa que esté exento de cumplir con los controles que le imponen la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, y así mismo señaló estos criterios para la declaratoria de tal estado de excepción:

- Juicio de restricción material. La expedición de decretos legislativos durante la emergencia económica y social no está sujeta a la libre voluntad del Gobierno. Por el contrario, se encuentra limitada por los bienes jurídicos protegidos por la Constitución.
- De suerte que el poder punitivo del Gobierno implica que no podrá crear tipos penales o modificar los existentes si no existe relación alguna entre el tipo penal y la protección del orden económico, social y ecológico. Solo es posible sancionar aquellos comportamientos que afecten de manera directa los citados bienes jurídicos definidos constitucionalmente.
- Juicio de finalidad. Se debe probar que existe una amenaza concreta a un bien jurídico protegido por el Legislador, identificando así los posibles agresores y las conductas que implican la concreción del peligro.
- Juicio de necesidad. Exige que se exprese claramente las razones por las cuales se estima que determinadas conductas punibles realizadas por ciertas personas tienen capacidad de perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país.
- Juicio de proporcionalidad. En cuanto a las medidas punitivas, la Constitución ordena que exista una relación de proporcionalidad entre éstas y la gravedad de las circunstancias que se enfrentan. Este elemento convierte el juicio en uno de estricta proporcionalidad, que según el mandato constitucional implica que, además de considerar si el tipo conlleva a una restricción inadmisibles o excesiva del derecho constitucional involucrado, se analice la capacidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados por parte de la conducta que se busca reprimir y la manera en que se define, bien sea el tipo penal o la sanción que se impone, a fin de establecer si en sí mismo se revelan excesivos. (Sentencia C-224, 2009).

### **6.3. Estudio del análisis de conexidad entre el Decreto 4333 de 2008 y el Decreto 4336 de 2008**

Con el fin de establecer la conexidad entre las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social y las medidas que en su desarrollo adoptó el Gobierno con el presente Decreto, la Corte tuvo en cuenta las consideraciones invocadas por el Gobierno al declarar el estado de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008, en la medida que fueron declaradas ajustadas a la Constitución Política, en la Sentencia C-135 de 2009, la cual hizo tránsito a cosa juzgada constitucional (artículo 243 superior). Al efecto:

Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política 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. (Sentencia C-135, 2009).

Siendo la actividad financiera una actividad de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro-inversión la cual juega un papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos, cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida ésta a la vigilancia estatal como lo hemos señalado en este escrito y según lo ha señalado reiteradamente la Corte.

En efecto, en el modelo del estado ‘social de derecho’, en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de que se hagan efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no puede ser indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido como lo ha mencionado la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-1062, 2003.

Debe recordarse que la destinación del ahorro público hacia un fin común constituye, tal como lo señala la jurisprudencia de las altas Cortes, un servicio público que busca lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. De manera que, esta democratización del crédito está definida en el artículo 335 y justificada como mecanismo de intervención del Estado de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política.

Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía, implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados

por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también justifica la especial tutela estatal sobre las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público.

#### **6.4. Aspectos que tuvo en cuenta la Corte para declarar la exequibilidad del Decreto 4336 de 2008**

Que, a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades. (*Es decir, las famosas pirámides o empresas multinivel*).

Que, con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio.

Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado.

Que estas actividades no autorizadas han dejado a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social.

Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos descritos, los cuales amenazan con perturbar en forma grave el orden social y económico del país, se hace necesario adoptar medidas urgentes que permitan contrarrestar esta situación en forma inmediata. (Sentencia C-135, 2009, cursiva fuera de texto).

Se reiteró pues en esta Sentencia, que estamos en un régimen de intervención estatal de carácter reforzado por tratarse de una actividad económica que, como se ha dicho, compromete el interés público, la confianza en el sistema financiero y la estabilidad macroeconómica del país.

Así, con el artículo 1.º, modificatorio del artículo 316 del Código Penal (Ley 599 de 2000), sobre el delito de captación masiva y habitual de dineros, el Legislador excepcional adiciona algunos verbos rectores en cuanto al modelo descriptivo del tipo penal. Incrementa la sanción penal

de prisión y establece una circunstancia de agravación punitiva, quedando así:

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 (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de (50.000), salarios mínimos legales mensuales vigentes. *Antes, pena de prisión de 24 meses a 72 meses. (Ley 599, 2000, cursiva fuera de texto).*

Ello puede extraerse de su comparación con el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, que establecía:

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.

Con el artículo 2.º, se adiciona al Código Penal (Ley 599 de 2000) el artículo 316A, estableciendo un nuevo tipo penal, el cual determina que, con independencia de la sanción prevista al sujeto activo de la conducta penal anterior, quien no reintegre los recursos captados del público, por esa sola conducta tendrá pena de prisión y multa.

Esta norma contiene un párrafo alusivo a que los fiscales que conozcan de este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar preferentemente el principio de oportunidad para procurar la devolución de los recursos.

### **6.5. Salvamentos de voto**

Ante la opinión mayoritaria de la Sala, salvaron voto; es decir, se apartaron de la tesis mayoritaria los siguientes magistrados:

El honorable magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, salva su voto, por encontrar que la Corte no puede crear una regla de competencia que no existe en la Constitución, ni en la Ley estatutaria que regula los estados de excepción como sí podía realizarlo de acuerdo al artículo 44 de la Ley 137 de 1999, que le otorgó facultades para declarar leyes bajo el estado de conmoción interior, mas no bajo el estado de emergencia económica.

La equivocación de considerar conforme a la Constitución la posibilidad de que el Ejecutivo legisle en materia penal para sortear

situaciones de emergencia, no se subsana atribuyéndole a dicha legislación (en materia económica) vocación transitoria, como ocurre en los estados de conmoción interior.

Esta creativa solución por la que optó la Corte produce efectos nocivos en varios ámbitos: (i) Frente a la sistemática de los estados de excepción; (ii) en torno a la función de eficacia real que se pretende dar al derecho frente a las situaciones de anormalidad que generan los estados de excepción; y (iii) respecto de la misión de límite que se espera de la regulación de los estados de excepción.

Para el magistrado Vargas, la Corte al realizar una interpretación extensiva y analógica de las leyes, le asigna alcance a la posibilidad de crear tipos penales transitoriamente cuando estas normas deben tener vocación de permanencia.

Concluye que no se podía haber declarado la exequibilidad de los decretos legislativos toda vez que, primero, los decretos expedidos se apartan del sentido de los estados de excepción; segundo, se invirtió el sentido de responsabilidad de los servidores públicos previstos en el artículo 6º de la Constitución Política y tercero, se adoptan medidas penales que no tienen que adoptarse bajo esta figura

Por su parte, el honorable magistrado Nilson Pinilla Pinilla manifiesta no estar de acuerdo con sus compañeros, por el hecho de haberse condicionado la exequibilidad de la medida legislativa a que pierda vigencia un año después de expedida, salvo que el Congreso le otorgue un carácter permanente. Argumenta que la Corte utiliza el contenido del artículo 215 constitucional que regula la medida de las vigencias que establezcan nuevos tributos o modifiquen los existentes, y que la Corte declarara la exequibilidad de la medida que tiene como vigencia un año, como si se tratase de una norma de carácter tributaria, lo que no tiene, por tratarse de otro tipo de norma.

Mientras que el honorable magistrado Humberto Sierra Porto, señala que la creación de decretos debe obedecer al estado de conmoción interior y no a la emergencia económica y social (Sentencia C-860, 2006). Y que a su vez las conductas punibles deben crearse por vía de la Ley, con el trámite respectivo en el Congreso de la República y no por el Ejecutivo por vía de estados de excepción.

Además señala que los decretos expedidos bajo los estados de emergencia económica y social, tienen vocación de permanencia, lo que implica

que las modificaciones introducidas al ordenamiento penal quedarían incorporadas de manera definitiva, lo cual afecta enormemente el principio de legalidad pregonado en la Constitución.

### **Conclusiones**

Revisado el sentido y alcance que le da el máximo órgano constitucional a la expedición del Decreto 4336 de 2009, que aumentó las penas para el delito de captación masiva y habitual de dinero, en consecuencia de la declaratoria de emergencia económica y social para conjurar la crisis desatada en el país, encontramos que efectivamente la Corte analiza los motivos que dieron lugar a la figura excepcional y que guardan relación estrecha con la expedición del decreto por medio del cual se aumentó la pena para la conducta tipificada en el artículo 316 del Código Penal, a su vez que se crea un nuevo artículo, esto es el 316 A, para quien no entregue los dineros captados, efectivamente debe declararse la exequibilidad entre otros de acuerdo con el principio de proporcionalidad de las penas y con el fin de adoptar medidas que pudieran llevar a frenar una ola expansiva de capitales a través de la creación de las pirámides y con ello el aumento de flujo de capital, de la inflación, sin el control del Gobierno Nacional como lo ordena la Carta Magna.

Que, si bien el derecho penal no puede ser la solución a todos los problemas de orden político, social y económico, normas como la relacionada con la conducta de captación masiva de dineros, pretender controlar el flujo de capital en el país, y con ello evitar un desajuste de orden económico así sea en forma provisional aunque después se conviertan en legislación permanente, como fuera objeto de estudio en su momento en que así quedó convertida dicha norma y sometido al Control Constitucional.

El derecho penal como ciencia del ordenamiento jurídico tiene su función de control social siempre que no se use en forma desbordada y que obedezca a unas razones fundadas lógicamente y motivadamente para contrarrestar un fenómeno como el que ocurría en el país en el año 2009, como quedó anteriormente dicho. Ello, con el fin de que se cumpla el papel preventivo general del derecho penal sin que se pueda ampararse su legitimación basado en este principio.

No en vano Yván Montoya Vivanco al citar a Schunemann, y hacer una crítica a la teoría de la prevención general positiva de la norma del maestro alemán Günther Jacobs, concluye que:

[...] 'la prevención general positiva es un bienvenido efecto concomitante, pero carente de significado teórico propio'. Efectivamente, no puede negarse que el derecho penal cumple determinados efectos de '[...] integración y estabilización social que pasa por la reafirmación simbólica de la norma'. Pero tales efectos, en el plano empírico, no pueden constituirse en el fin legitimador del derecho penal, aunque siempre será necesario tenerlos en cuenta como parte de su funcionamiento. (Montoya, 2006, p.295).

## Referencias

- Colombia. Ley 137 de 1994. Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia.
- Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Decreto 4333 de 2008. Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social.
- Decreto 4336 de 2008. Por el cual se modifica el Código Penal.
- Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Hernández Quintero, H. (2018). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Octava edición. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. (2009). Las pirámides o la captación masiva y habitual de dineros: aspectos jurídicos. En: *Notas Universitarias*, Ibagué: Colombia: Universidad de Ibagué,
- Montoya Vivanco, Y. (2006). La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional. *Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, 59, pp. 285-295. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656158014>
- Sentencia 83 (18 de noviembre de 1982). Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Magistrado Ponente: Ricardo Medina Moyano.
- Sentencia C-582 (1996). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-860. (2006). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Sentencia C-135. (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Sentencia C-224. (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-1062. (2003). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



El 4 de julio de 2021 se celebraron treinta años de la Constitución que la Asamblea Nacional Constituyente entregó a los colombianos. Con este motivo, el Grupo de Investigación Zoon Politikon, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, se dedicó al análisis de los aportes de la Carta de 1991 en los temas económicos, advirtiendo que, fue uno de los aspectos en los que los constituyentes centraron su responsabilidad.

En el libro se destacan hechos como la creación de un aparte relacionado con el régimen económico y la hacienda pública (Título XII), así como la responsabilidad del Legislativo y el Ejecutivo en la vigilancia, inspección y control del sistema financiero, bursátil y asegurador. Constitución y derecho penal económico proporciona a la comunidad académica un marco de reflexión que favorece a la adecuada prevención y sanción de los comportamientos que lesionan o ponen en peligro el orden económico social.

Ediciones  
Unibagué

 **Universidad  
de Ibagué**  
*Comprometidos con el desarrollo regional*

ISBN: 978-598-754-407-7



9 789587 544077