

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Proyecto de Ley “Por el cual se modifica el Código Penal”

Señala la Constitución Política en el artículo 334 que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y agrega en su artículo 335 que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de **interés público** y **sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado**, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias.

Esta importante previsión constitucional, por una parte indica una clara opción de la Carta por la protección del ahorro del público al cual le asigna un especial interés público, y por otra distribuye las competencias regulatorias entre el legislativo y el Gobierno en estas materias otorgándole a este último un rol interventor que deberá ejercer en el marco de la ley.

Dentro de este contexto, la actividad de captación de dineros del público como objeto de la protección constitucional, ha sido materia de regulación y supervisión a lo largo del tiempo, bajo el entendido de que es columna vertebral de la actividad financiera. Es así como en nuestra legislación se tipificó como delito la captación masiva y habitual de dineros sin la autorización de la autoridad competente.

En efecto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero incorporaba, hasta la expedición de la Ley 795 de 2003, el delito de la captación masiva y habitual de dineros del público, sin la autorización de la autoridad competente, delito hoy incorporado en el artículo 316 de nuestro Código Penal. Este delito surgió de la necesidad de controlar la actividad mencionada, en una época en la que la actividad de intermediación se ejercía, en innumerables casos, sin ningún tipo de control.

Efectivamente, a principios de los años 80, nuestro país enfrentó una de las crisis más profundas del sistema financiero, no sólo por los efectos económicos particulares que trajo para los ciudadanos y para el país, sino por el impacto que tuvo en la confianza del público en general en el sistema. El Departamento de Investigaciones Económicas del Banco de la República, en uno de sus ensayos, reseñó la crisis de la siguiente forma:

“La crisis de 1982 puede considerarse como la culminación de los múltiples desajustes que venía enfrentando el sistema financiero en las últimas dos décadas. Su crecimiento desordenado en cuanto a tipo y número de instituciones; el tamaño desproporcionadamente grande del sector respecto de su solidez patrimonial; la concentración de la propiedad y las malas prácticas en materia de crédito, dieron lugar a que las fallas internas del sistema se manifestaran plenamente, al entrar la economía en un ciclo recesivo. Además, las entidades que fracasaron que fueron sometidas a procesos de nacionalización o liquidación eran de propiedad de unas pocas personas y presentaban, sin excepción, manejos claramente irregulares manifestados en índices sorprendentes de concentración de cartera por medio de autopréstamos, falta de diversificación de las fuentes de recursos, y, en general, malos manejos administrativos.”⁴¹

^[1] Francisco J. Ortega. “Ensayos sobre política económica, número 4, Banco de la República, Departamento de Investigaciones Económicas, Bogotá, Talleres Gráficos, 1984, p. 8; Citado en: Hernando Hernández Quintero. Los delitos económicos en la actividad financiera, Cuarta edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 459.

En un sentido similar, la doctrina señaló:

“En 1982 el sistema financiero colombiano sufrió uno de los mayores descalabros de que se tenga noticia en nuestra historia. En efecto, como consecuencia de múltiples factores que se venían confabulando contra nuestro ordenamiento bancario, tales como problemas en materia de control, concentración de operaciones de crédito y depósito en pocas manos y, en ocasiones, la falta de seriedad en su manejo, en dicho año estalló esta crisis que tanto daño causó a nuestra economía y a incontables ciudadanos; situación que obligó al gobierno de turno a dictar el Decreto 2920 con el que se buscó asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano”^[2]

Es así como en 1982, el Gobierno Nacional considerando, entre otros factores, que en varias instituciones financieras se realizaban actividades especulativas para adquirir su control, que existía concentración de la propiedad de las acciones del crédito, que se presentaban conductas dolosas para burlar los límites legales para llevar a cabo prácticas destinadas a facilitar la evasión de los deberes fiscales y que en consecuencia se había generado un entorno de incertidumbre y por consiguiente una crisis de la confianza pública, expidió, el 8 de octubre de 1982, el Decreto 2919 mediante el cual declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional. Ese mismo día, en desarrollo de las facultades constitucionales derivadas del artículo 122 de Constitución^[3] y en desarrollo del Decreto 2919, expidió el Decreto 2920 el cual en su artículo 20 establecía: “Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años”.

Posteriormente, el tipo penal fue incluido, literalmente, en el artículo 1.7.1.1.3 del Decreto Ley 1730 de 1991 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), y más tarde, también en forma literal, en el artículo 208 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), inclusión que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-582 de 1996.

Ahora, con la expedición de la Ley 599 de 2000 mediante la que se expidió el nuevo Código Penal colombiano, se buscó incorporar aquellos tipos que estaban contenidos en estatutos especiales como el financiero, entre otros. Así los delitos financieros que se encontraban dispersos, se reagruparon dentro del Título X del Código Penal, relativo a los delitos contra el orden económico social, en el Capítulo Segundo, “De los delitos contra el sistema financiero”, ubicando allí las conductas punibles del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre las que se encontraba, naturalmente, la captación masiva y habitual^[4].

A partir del marco histórico expuesto, el Gobierno Nacional ve con inquietud la reciente proliferación de captadores masivos y habituales de dineros del público en distintos lugares del país, que operan sin la autorización correspondiente.

^[2] Hernando Hernández Quintero. Los delitos económicos en la actividad financiera, Cuarta edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 377.

^[3] El artículo 122 de la Constitución de 1886, modificado por el artículo 43 del Acto Legislativo número 1 de 1968, señalaba en lo pertinente: “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos sus Ministros, declarar el estado de emergencia (...)”

^[4] Ver *Ibíd.*, Hernando Hernández Quintero.

La proliferación de estas actividades resulta preocupante porque pone en riesgo la confianza pública en el sistema financiero y deteriora la capacidad del Gobierno para establecer los controles adecuados que brinden garantías a los ahorradores. En esa medida, es importante resaltar, que la actividad de captación realizada de forma ilegal lleva implícito un grave riesgo para todos aquellos que entregan su dinero. No en vano, el Estado Colombiano ha establecido una robusta estructura regulatoria prudencial en torno a aquellas entidades que captan lícitamente dineros del público, exigiéndoles, entre otros requerimientos, contar con un capital mínimo para operar, mantener adecuados márgenes de solvencia, seguir normas de contabilidad, cumplir con las obligaciones de reporte a las autoridades, estar sujetas a la supervisión de la Superintendencia Financiera, identificar sus riesgos, entre los cuales se destacan el crediticio, el operativo, el de lavado de activos y financiación del terrorismo, y contar con sistemas que les permitan administrarlos en forma adecuada. Todo este andamiaje regulatorio y de supervisión tiene el inequívoco propósito de dotar al sistema de mecanismos que le brinden al público confianza en el mismo, entendiendo que allí han depositados sus ahorros.

Es por eso que distintas autoridades del Estado, tanto de carácter administrativo como jurisdiccional, han realizado importantes acciones frente a dichos captadores en procura de acabar con esta práctica y proteger así el ahorro del público.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que el bien jurídico que se protege al sancionar la conducta de la captación ilegal es, además del sistema financiero, la confianza pública en el mismo, y naturalmente, el ahorro público.

En efecto, el delito de captación masiva, no sólo afecta al 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.

En este contexto es de la mayor relevancia apartar efectivamente al infractor de la posibilidad de continuar realizando el ilícito, incluso desde su propio domicilio, para lo cual es imperativo garantizar el cumplimiento efectivo de la pena en un establecimiento carcelario.

Para el efecto se propone el establecimiento de una pena que responda a criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad frente al daño social causado, materializado en la tendencia del grupo social a apartarse de los cánones constitucionales y legales para beneficio de un particular, poniendo en riesgo la confianza pública en el sistema financiero y el patrimonio de los colombianos.

Actualmente, el artículo 316 del Código Penal, señala:

“ARTÍCULO 316: Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Por lo tanto, actualmente la pena principal de prisión para el delito de captación masiva y habitual, es de mínimo 32 meses, lo cual hace, en principio, y con el lleno de los demás requisitos consagrados en el artículo 38 del Código Penal, procedente la aplicación de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria. Así mismo, son potencialmente procedentes, hoy en día, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena, consagradas en los artículos 63 y 461 del Código Penal, respectivamente, ya que la pena puede imponerse por un tiempo menor a 3 años. En consecuencia, se propone al Honorable Congreso de la República, con el propósito de propiciar una represión más severa, que la pena sea aumentada de 32 a 61 meses como mínimo, con un máximo que pase de 108 a 144 meses, con lo cual se considera que la pena se ajusta en forma proporcional y necesaria a la gravedad del daño causado con la comisión de delito, como se ha expuesto.

Además de las razones invocadas, no deja de generar preocupación en el Gobierno Nacional el eventual uso de estas organizaciones para canalizar recursos originados en actividades ilícitas y ser empleados como canal de blanqueo de capitales o de financiación de terrorismo. Al mantenerse por fuera del ámbito de vigilancia de las entidades de supervisión, estas organizaciones representan un peligroso estímulo para la legitimación de activos de origen espurio, ya como instrumento cuando el dinero del presunto inversionista emana del delito, ya en cuanto al movimiento que puedan dar dichas organizaciones al capital captado.

Con el objeto de prevenir actos de legitimación de activos, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un sistema legal, operativo y de supervisión amplio, más no suficiente. Al unísono la corriente internacional especializada en la materia reconoce que existen tantas posibilidades de lavar activos como relaciones comerciales existen en la economía. De allí la necesidad de ampliar el espectro de sujetos obligados de reporte de transacciones en efectivo, siguiendo a tal efecto la permanente identificación de nuevas tipologías que realiza la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF).

La incorporación de esta obligación al ordenamiento jurídico colombiano tuvo inicialmente como destinatario al sector financiero, en el entendido que una de las etapas inherentes al proceso de lavado de activos radica en el ingreso del capital mal habido a la esfera financiera, como presupuesto indispensable para su legitimación en la economía lícita.

Tal medida constituye por demás la materialización de los deberes que constitucionalmente se predicen del ciudadano, en particular el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

A partir de este pilar constitucional, el legislador consideró igualmente indispensable que se tipificara la omisión de denuncia del lavado de activos y la financiación del terrorismo –artículo 446 del Código Penal-, en el entendido que en la búsqueda de los fines esenciales del Estado a todo el conglomerado asiste un principio de solidaridad social cuando es conocida la comisión de algunos delitos de mayor gravedad, como los anteriormente mencionados.

En este sentido, pese a haberse extendido la obligación de reportar ciertas transacciones u operaciones a sectores identificados como vulnerables y propicios para el lavado de activos, es necesario consolidar el cumplimiento diligentemente de los reportes sobre operaciones en efectivo a la Unidad de Información y Análisis Financiero, reprimiendo penalmente su omisión deliberada, considerando la atención especial que amerita el manejo, movilización y almacenamiento permanente de altos volúmenes de dinero en efectivo, sin justificación razonable.

Por otra parte, algunos de dichos sectores obligados a reportar cierta clase de transacciones por su naturaleza no están sometidos a la regulación y vigilancia de un órgano de control, escapando así incluso a sanciones de índole administrativo.

Debe tenerse en cuenta que es a partir del reporte que emiten los sujetos obligados que se activan los mecanismos de detección, control e investigación del lavado de activos y la financiación del terrorismo. Constituye un importante eslabón para la respuesta eficaz y oportuna del Estado contra estos delitos transnacionales. De allí que se encuentre indispensable fortalecer los esquemas de reporte sobre transacciones y manejo de efectivo que establezca la UIAF respecto de algunos sectores, como soporte básico de las políticas de lucha contra estos fenómenos.

Se destaca que el tipo que se adopta como artículo 325A se aplicará a sujetos que no tengan el carácter de empleados o directores de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, para quienes continuará aplicándose la conducta prevista en el artículo 325 del Código Penal (Omisión de Control).

Estas razones, aunadas a las expuestas respecto de la captación masiva y habitual de dineros, motivan al Gobierno Nacional a elevar a la categoría de delito la omisión deliberada de efectuar los reportes sobre transacciones en efectivo, o para la movilización o almacenamiento de dinero en efectivo a la Unidad de Información y Análisis Financiero.

Del Honorable Congreso de la República,

OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR
Ministro de Hacienda y Crédito Público

FABIO VALENCIA COSSIO
Ministro del Interior y de Justicia