

C-015-97

Sentencia C-015/97

ACCION DE TUTELA PENAL DEL ORDEN LEGAL-Alcance/ACCION DE TUTELA PENAL RELATIVA-Alcance/NORMA PENAL-Libertad de configuración normativa/ALZAMIENTO DE BIENES-Trayectoria de la represión penal/ALZAMIENTO DE BIENES-Expresión no siendo comerciante

La protección penal de ciertos bienes y valores debe ser permanente y absoluta y, en este caso, la tutela penal de orden legal corresponde a la obligación positiva constitucional de amparar la vida y los derechos fundamentales de las personas. En cambio, otros bienes pueden ser susceptibles de una protección penal relativa, ya sea porque son propios de determinado ámbito no universal de relaciones o porque su protección eficaz puede buscarse a través de otros medios jurídicos legítimos diferentes de la misma legislación penal, motivo éste que puede justificar inclusive la adopción de políticas criminales enderezadas a “despenalizar” ciertas conductas. La protección legal del patrimonio y de la buena fe, no es ajena a la Constitución, pero de ésta no se infiere que siempre deba tener la impronta del derecho penal. Por consiguiente, la libertad de configuración normativa expresamente reservada al legislador en materia penal, en cuya virtud crea y elimina tipos penales, puede tener más alcance respecto de los bienes susceptibles de tutela penal relativa. Concretamente, el supuesto del delito denominado “alzamiento de bienes”, no reclama constitucionalmente de manera invariable un tratamiento propio de derecho penal y, por consiguiente, la decisión sobre este extremo se defiere al legislador histórico y a su específica política criminal. En este caso, a diferencia de los eventos en los que la protección penal articula una de las obligaciones básicas e ineludibles del Estado de defender el contenido esencial de un derecho fundamental, la eliminación de la tutela penal per se no vulnera la Constitución Política.

ACCION DE TUTELA PENAL RELATIVA DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL

La tutela penal de la actividad comercial es relativa y, por lo tanto, el Estado puede calibrar y fijar su extensión. En este sentido, puede la ley crear tipos penales especiales que sólo despliegan sus efectos en el campo mercantil, o también integrar en esta legislación con las matizaciones necesarias los tipos penales de la actividad civil. La mayor o menor protección penal de la actividad comercial, no tiene porqué obrar en desmedro de la protección penal de

la actividad civil, así ambas en últimas respondan a la decisión del legislador, más aún cuando la reprochabilidad material de la conducta es independiente de las vicisitudes de la legislación comercial. Así se observe una gradual unificación de la legislación civil y de la comercial, la cual es más evidente en determinadas materias, todavía subsiste la dualidad y en aspectos tan relevantes como en el de las obligaciones y los contratos. Esta circunstancia, no escapa a la Corte pues es indicativa de que la realidad subyacente a la legislación civil y a la comercial no es siempre semejante y, en todo caso, la apreciación de los cambios y de sus correspondientes traducciones normativas es asunto que le compete a la ley. Desde la Constitución no se percibe la necesidad absoluta de que el fraude tenga la misma connotación penal en las dos legislaciones. Esta es una materia que incumbe al legislador y en relación con la cual goza de un margen apreciable de libertad configurativa en atención al valor relativo que en esta situación reviste la represión penal, la cual bien puede ser sustituida por otro tipo de garantías y acciones.

Referencia: expediente D-1373

Actor: José Eurípides Parra Parra

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 362 (parcial) del Decreto 100 de 1980 - Código Penal-

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Carlos Gaviria Díaz y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

## S E N T E N C I A

En el proceso de constitucionalidad del artículo 362 del Decreto 100 de 1980 – Código Penal.

### I. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

DECRETO 100 DE 1980

“”

#### D E C R E T A:

“Artículo 362. Alzamiento de bienes. El que no siendo comerciante alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y multa de un mil a cien mil pesos” (Se subraya la parte demandada).

### II. ANTECEDENTES

1. El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 5ª de 1978, expidió el Decreto 100 de 1980, publicado en el Diario Oficial N°35.461 de 1980.
2. El ciudadano José Eurípides Parra Parra demandó la inconstitucionalidad parcial del artículo 362 del Decreto 100 de 1980, por considerarlo violatorio de los artículos 13 y 83 de la Constitución Política y de los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
3. El Ministerio de Justicia y del Derecho intervino, a través de su apoderado, para defender la constitucionalidad de la norma acusada.
4. El Procurador General de la Nación (E) solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición acusada.

### III. CARGOS E INTERVENCIONES

Considera el demandante que la norma acusada vulnera los principios de igualdad y de buena fe contemplados en la Constitución. Con respecto al derecho de igualdad manifiesta que la expresión demandada genera un tratamiento diferencial entre los comerciantes y los no comerciantes, lo mismo que entre los acreedores de unos y otros. De un lado, los no comerciantes son susceptibles de ser perseguidos penalmente si se alzan con sus bienes o los ocultan, mientras que los comerciantes, aun cuando incurran en la misma conducta, están exentos de tal contingencia.

De otro lado, los acreedores de los comerciantes se encuentran en una clara situación de desventaja frente a los de los no comerciantes, como quiera que no cuentan con la posibilidad de acudir al recurso de la denuncia penal para lograr el pago de sus acreencias.

Estima el actor que la norma consagra un privilegio en favor de los comerciantes. En efecto aquella reserva un trato inequitativo para los no comerciantes, no obstante que sus conductas sean idénticas a las que realicen los comerciantes.

Agrega el demandante que la norma, al determinar que los comerciantes no serán sujetos activos del delito de alzamiento de bienes, atenta contra el principio constitucional de la buena fe, pues “les permite obrar en contraria (sic) a la buena fe, sin que recaiga sanción alguna sobre ellos”.

#### Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El representante del Ministerio de Justicia aboga por la exequibilidad de la norma. Manifiesta que ella “no establece ninguna clase de discriminación en el sentido de dejar impune las conductas dolosas o culposas de los comerciantes ya que del análisis detenido de la normatividad jurídica existente se colige que existen normas que sancionan drásticamente los actos fraudulentos de los comerciantes”. Al respecto menciona los delitos de hurto entre condueños, estafa y abuso de confianza, los cuales no exigen un sujeto activo calificado, de suerte que los comerciantes pueden incurrir en ellos.

Expresa que el artículo 1993 del Código de Comercio contemplaba un delito similar para los comerciantes, que fue derogado, junto con el título II del Libro Sexto del Código, mediante la Ley 222 de 1995. Sostiene que en el debate parlamentario que precedió a la expedición del Código Penal de 1980 se decidió no incorporar en éste tipos delictivos referidos a la quiebra,

precisamente con base en la certeza de que esos delitos ya se encontraban contemplados en el Código de Comercio. Por esta razón, se consideró que sería suficiente incluir dentro del aparte relacionado con “las disposiciones varias” un artículo que mantuviera la vigencia de las normas penales especiales.

Señala que aún cuando la Ley 222 de 1995 eliminó el delito de alzamiento de bienes para los comerciantes, en el proceso liquidatorio que dicha ley describe, el cual sustituyó en su integridad al régimen de la quiebra, se prevé que los administradores de las entidades deudoras que se encuentren en liquidación serán inhabilitados para ejercer el comercio cuando incurran en conductas tales como la distracción, disminución u ocultamiento total o parcial de bienes; la realización de actos simulados o la simulación de gastos, deudas o pérdidas; y el desistimiento, renuncia o transacción de una pretensión patrimonial cierta, sin justa causa y en detrimento de los acreedores.

De este hecho cabría inferir que el legislador decidió sustituir la sanción penal para este tipo de faltas de los comerciantes por sanciones de orden administrativo, todo ello sin perjuicio de otras penas de la misma índole que puede imponer la Superintendencia de Sociedades, e incluso de acciones penales que podrían promoverse con base en el artículo 43 de la Ley 222 de 1995 “contra quienes ejecuten actos desleales o contrarios a la realidad”.

“En parte alguna - señala el interviniente - la ley permite a los comerciantes burlarse de la ley o realizar conductas dolosas sin ser objeto de sanciones pues como se analizó anteriormente, existe una serie de normas tanto en el Código Penal como en el Código de Comercio que reprimen las conductas dolosas de todos aquellos que a través de actos contrarios a la ley pretenden perjudicar a sus acreedores, socios o terceros”.

Finalmente, acerca de la acusación de que la norma en cuestión vulnera el derecho de igualdad expresa que “el trato disímil para situaciones diferentes es una aplicación concreta del principio de igualdad... En consecuencia, la diferencia del tratamiento entre los comerciantes y los que no lo son, no constituye violación del principio de igualdad sino una aplicación del mismo y en nada contribuye al aumento de la criminalidad el artículo 362 del Código Penal ya que si bien se aplica exclusivamente para los no comerciantes, no hay que olvidar que éstos deben ajustar su conducta a la Constitución y a la ley, ya que de lo contrario podrán ser objeto de sanciones administrativas e incluso penales más graves

dependiendo de la infracción cometida”.

#### Concepto del Procurador General de la Nación (E)

La Vista Fiscal propugna la declaratoria de exequibilidad de la norma. Estima que para determinar si la norma acusada vulnera el derecho de igualdad es necesario observar si la distinción entre los comerciantes y los no comerciantes, con respecto al tipo penal, es razonable.

Expone que en el Código Penal de 1936 existía una disposición similar a la demandada, según la cual sería objeto de persecución penal la persona que sin ser comerciante se alzase con sus bienes o los ocultare. Acota que al momento de dictarse ese Código “el Legislador estableció que el delito de alzamiento de bienes cuando era imputable a un comerciante, tenía el carácter de pluriofensivo, o sea, que vulneraba simultáneamente varios bienes jurídicos tutelados, y por lo mismo, requería de una disposición que en forma independiente lo tipificara”. Por esta razón, el delito de alzamiento de bienes cometido por comerciantes apareció ligado a la quiebra, tal como se establecía en el artículo 419 del Código Penal de 1936 y, luego, en el Código de Comercio.

Con respecto a la diferenciación entre comerciantes y no comerciantes, el Procurador manifiesta: “Es pertinente advertir que no obstante actualmente existir una marcada tendencia unificadora, que pretende aplicar en innumerables eventos el régimen comercial tanto a comerciantes como a no comerciantes, las diferencias que subyacen entre los unos y los otros son evidentes. No siendo del caso ahondar en forma exhaustiva en relación con estas diferencias, que en forma contundente se observan, es propio afirmar que aquellas personas dedicadas profesionalmente al ejercicio de actividades comerciales deben cumplir con una serie de requisitos legales que no se exigen a los no comerciantes. Entre ellos (la inscripción en el registro mercantil, la publicación de todos los libros y actos de comercio) (sic). Es que la actividad de comercio está dirigida al público, y por ende es un factor determinante en la economía, razón de peso para entender que en esta actividad se involucra el interés general”.

Sobre el control de razonabilidad de la norma acusada manifiesta el Procurador que, en primer lugar, es menester determinar si la norma se adecua a los fines constitucionales. Al respecto anota que en el artículo 2° se establece la obligación de las autoridades de la

República de proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Igualmente, menciona que el numeral 1° del artículo 95 de la Constitución señala que es un deber de las personas y los ciudadanos “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. A renglón seguido, asevera que el derecho penal apunta precisamente a la protección de los más altos intereses jurídicos del Estado, pues de su defensa depende el cumplimiento de los cometidos estatales. Precisa que la definición de los tipos penales por parte del legislador tiene por objeto proteger los bienes jurídicos de mayor importancia para la comunidad. La propiedad es uno de ellos y por eso el legislador ha tipificado los delitos contra el patrimonio económico, dentro de los cuales se encuentra el de alzamiento de bienes.

Estima el Ministerio Público que en el delito de alzamiento de bienes importa más el elemento “fraude” que el sujeto activo del mismo. A partir de esta consideración afirma que actualmente la protección de la propiedad y la sanción al fraude se hallan garantizadas con el régimen incorporado al Código de Comercio, el cual “asegura el pago de las obligaciones, permitiéndole al comerciante allanarse a cumplir, lo cual es menos factible si éste se encuentra privado de la libertad”.

Sobre la reforma enfatiza que ella, en ejercicio de una política de “desjudicialización” de los procesos concursales – y en aras de una real protección de los derechos de los acreedores, que se veían burlados por la dilación y complejidad de los trámites judiciales que acarrea la ejecución del proceso de quiebra -, previó la “despenalización” de los mismos, con la consecuente derogatoria del régimen penal de la quiebra.

Con todo, se subraya que la nueva normatividad establece sanciones severas para las conductas fraudulentas de los comerciantes, entre las cuales estaría la inhabilitación para el ejercicio del comercio hasta tanto no se cumplan las obligaciones patrimoniales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en los términos del artículo 241-5 de la Constitución Política.

El problema planteado

2. Se trata de determinar si el hecho de que el artículo 362 del Código Penal establezca que el delito de alzamiento de bienes se aplica únicamente a los no comerciantes constituye una violación al derecho de igualdad consagrado en la Constitución, dado que esa conducta puede ser realizada tanto por comerciantes como por no comerciantes.

Trayectoria de la represión penal del alzamiento de bienes

3. Con el objeto de proteger los derechos de los acreedores, tradicionalmente se ha sancionado penalmente la conducta de los deudores dirigida a simular una situación de insolvencia. Entre los actos reprobados se encuentra el del alzamiento de bienes, consistente en retirar cualquier objeto de la masa de bienes, con intención fraudulenta.

3.1. Hasta la expedición de la Ley 222 de 1995, el ocultamiento de los bienes propios con el fin de defraudar a los acreedores era objeto de una pena más severa cuando lo llevaba a cabo una persona que tenía la calidad de comerciante. Efectivamente, el Código Penal de 1936 le imponía una sanción claramente más drástica al comerciante que incurría en este ilícito. Así, el artículo 419 prescribía con respecto a los comerciantes:

“Artículo 419: Incurrirá en prisión de uno a seis años, y en la prohibición para ejercer el comercio por un término de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere ejecutado o ejecute alguno de los hechos siguientes:

1°. Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas

2°. Sustraer u ocultar alguna cosa que corresponda a la masa de sus bienes

3°. Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

4°. Aprovechar el estado de quiebra para especular con las propias obligaciones, adquiriéndolas a menor precio. (se subraya la parte pertinente)

Por su parte, el artículo 421 establecía con respecto a los no comerciantes:

“Artículo 421: El que no siendo comerciante, se alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere otro fraude, con el propósito de perjudicar a sus acreedores, incurrirá en arresto de un mes a tres años”.

3.2. La concepción acerca de que los comerciantes debían ser tratados con mayor severidad se expresó también en el Decreto 750 de 1940, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 54 de 1939, el cual reformó las normas del Código de Comercio de 1887 en materia de quiebra de los comerciantes, contenidas en el título V del mencionado estatuto comercial.

El Decreto Ley 750 de 1940 fue particularmente drástico con respecto a los comerciantes declarados en quiebra. En su artículo 17 estableció que en todos los casos el juez de la quiebra debería proceder a ordenar la detención del quebrado. El artículo preceptuaba:

“Art. 17. “El juez en el mismo auto que declara el estado de quiebra decretará la captura y detención preventiva del quebrado dando aplicación a los artículos 379 y concordantes del Código de Procedimiento Penal y para los fines de los arts. 419 y siguientes del Código Penal.

Asimismo deberá proceder en cualquier etapa del juicio”.

La norma anterior fue objeto de un álgido debate. Algunos autores consideraban que con ella se infringía el artículo 23 de la Constitución de 1886 – el cual disponía que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas en obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial” -; otro sector de la doctrina, por el contrario, sostenía que la detención que ordenaba el decreto no tenía el carácter de sanción por no pagar, sino que respondía a la presunción legal de que todos aquéllos que dejaran de cumplir sus compromisos comerciales lo habían hecho con culpa.

Precisamente con respecto a la presunción de culpa y a su enervamiento, el artículo 2° del mismo decreto establecía que la carga de la prueba de la inculpabilidad recaía en el comerciante fallido:

Art. 2: “La quiebra es inculpable cuando se produce a pesar de haber puesto el comerciante una notoria diligencia y prudencia en el manejo de sus negocios, en sus gastos personales y

en todos los actos que puedan influir de algún modo en su patrimonio.

El quebrado deberá demostrar la ausencia de culpa”.

Cabe agregar que la presunción de culpabilidad del comerciante fallido no fue mantenida por el Código de Comercio de 1971. Este eliminó también la forzosa captura y detención del quebrado, medida que fue sustituida por la de su arraigo en el lugar donde se radicara el proceso.

3.3. Al dictarse el Código de Comercio de 1971 se decidió que, en atención a que su objetivo era abarcar todo lo relacionado con la actividad de los comerciantes, lo más apropiado era incluir dentro del mismo los delitos específicos de la actividad mercantil. De esta manera, en el título II del libro sexto se consagraron los denominados delitos de la “quiebra”, dentro de los cuales se encontraba el de alzamiento de bienes.

En concordancia con lo anterior, en el Código Penal de 1980, la figura del alzamiento de bienes se circunscribió a los no comerciantes.

Interesa resaltar que las sanciones por causa del delito que es objeto de la demanda continuaron siendo más rigurosas para los comerciantes. En efecto, al tiempo que el Código de Comercio de 1971 y el Código Penal de 1980 elevaron las penas mínimas imponibles por causa del alzamiento de bienes, conservaron la diferencia entre las sanciones aplicables a los comerciantes y a los no comerciantes. Adicionalmente, en la tipificación contenida en el Código de Comercio se dispuso que la conducta del alzamiento de bienes se predicaba incluso cuando el comerciante la perpetraba dentro de los dos años anteriores a la declaratoria de quiebra. Al respecto es importante citar las dos normas.

El artículo 1993 del Código de Comercio describía el delito y sus sanciones de la siguiente manera:

“Art. 1993. Estará sujeto a la pena de tres a seis años de prisión el comerciante declarado en quiebra que dentro de los dos años anteriores a tal declaración o después de ella, haya realizado uno cualquiera de los siguientes hechos:

.       Distraer, disimular u ocultar total o parcialmente sus propios bienes;

- . Simular o suponer enajenaciones, gastos, deudas o pérdidas, y
- . Desistir de una pretensión patrimonial cierta, renunciarla o transigir sobre ella, sin justa causa y en perjuicio de sus acreedores”.

Por su parte, el texto del artículo 362 del Código Penal demandado es el siguiente:

Artículo 362. Alzamiento de bienes. El que no siendo comerciante alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos”.

Las figuras de la quiebra y del concordato en la legislación comercial

4. Antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, se consideraba que todo comerciante que incurría en mora en el pago de sus obligaciones se encontraba en estado de quiebra. Asimismo, de acuerdo con el Decreto Ley 750 de 1940, el comerciante estaba obligado a poner en conocimiento del juez su estado de insolvencia, so pena de que fuera tenido por culpable de su situación de quiebra. Acto seguido, el juez declaraba el estado de quiebra, separaba al comerciante de la administración de sus bienes, decidía el embargo y secuestro de éstos y convocaba a todos los acreedores. Luego se abría una etapa probatoria y, finalmente, se dictaba la sentencia, mediante la cual el juez procedía a reconocer a los acreedores y a calificar sus créditos.

El Decreto Ley 750 de 1940 preveía la posibilidad de que el juez ordenara en cualquier momento del proceso, con base en la solicitud que formularan el síndico o los acreedores que representaran más del 51% del pasivo, convocar una reunión general para buscar convenios amigables. Si más de la mitad de los acreedores presentes votaba favorablemente esos acuerdos y estos acreedores representaban el 80% del pasivo, se podía celebrar un concordato - el denominado concordato resolutivo -, que exigía la aprobación del juez y cuyos términos eran de obligatorio cumplimiento para el deudor y los titulares de los créditos.

Con todo, no existía la figura del concordato preventivo, cuya introducción en el derecho colombiano tendría lugar varias décadas después, luego de que la Corte Suprema de Justicia declarara - mediante fallo del 29 de mayo de 1969 - la inconstitucionalidad del Decreto Ley

750 de 1940. Esta declaración fue seguida de la expedición del Decreto 2264 de diciembre de 1969, el cual introdujo la institución del concordato preventivo - potestativo y obligatorio -, antecedente inmediato de la figura análoga acuñada posteriormente por el Código de Comercio de 1971.

El Código de Comercio de 1971 incorporó dos mecanismos para sortear o resolver las situaciones de crisis del comerciante. De una parte, en el título I del libro sexto contempló las figuras de los concordatos preventivos potestativo y obligatorio y, de otra parte, en el título II del libro sexto, la quiebra.

Posteriormente, el Decreto 350 de 1989 modificó integralmente el título I del capítulo VI del Código de Comercio, referido a los concordatos preventivos. Dentro de los cambios introducidos al régimen concordatario se destaca la manifestación expresa de la intención de velar por la vida y recuperación de la empresa en dificultades económicas. En tanto que en el texto original del Código de Comercio simplemente se hacía referencia a las medidas que podían adoptarse a partir del acuerdo entre el deudor y los acreedores y se manifestaba que el objeto del concordato era evitar la declaratoria de quiebra, en el artículo 2° del decreto, se precisa que “el concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito”.

Dentro de la perspectiva histórica que aquí se ha esbozado, la Ley 222 de 1995 constituye el paso final del proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por mecanismos menos drásticos, como el de los procedimientos concursales. En efecto, esta ley procedió a eliminar definitivamente el instituto jurídico de la quiebra, al determinar en su artículo 242 la derogación del título II del libro sexto del Código de Comercio. Además, la ley sustituyó toda la normatividad concordataria establecida por el Decreto 350 de 1989.

En la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 222 de 1995, se justificó la necesidad de introducir modificaciones al Código de Comercio con base en las exigencias que surgían de las nuevas normas de la Constitución Política y en la necesidad de adaptar la legislación comercial a las condiciones del comercio internacional.

Análisis de la disparidad sobreviniente en la sanción penal del alzamiento de bienes

5. La derogación de las normas penales relativas a la quiebra de los comerciantes, aparejó, en su caso, la eliminación de la represión penal del alzamiento de bienes, el cual quedó circunscrito a los no comerciantes. El análisis anterior demuestra que la disparidad de trato sobreviniente - entre personas no comerciantes y comerciantes -, desde el punto de vista penal, aparentemente carece de justificación objetiva y razonable. No obstante, la constitucionalidad de la norma examinada sólo puede definirse luego de resolver algunos interrogantes adicionales que la Corte necesariamente debe formularse a este respecto.

Se pregunta la Corte si la correlativa configuración penal del alzamiento de bienes en relación con la actividad comercial, tenía o tiene el carácter de condición material de la punibilidad de la misma figura en tratándose de las personas no comerciantes y de sus actuaciones civiles. Si se deja de lado el problema de la igualdad, no cabe duda de que el comportamiento fraudulento del no comerciante es reprochable en sí mismo con independencia de que una acción semejante pueda realizarse en el ámbito del comercio y carecer de castigo penal.

De otro lado, es importante precisar si el Legislador está obligado a trasladar al campo comercial, los tipos penales cuyo sujeto es el no comerciante cuandoquiera que la conducta reprochable sea semejante. El margen de un tratamiento penal diferenciado, debe analizarse caso por caso. No sería admisible, por estar huérfano de toda razonabilidad y proporcionalidad, que el delito de homicidio, por ejemplo, se limitara a los no comerciantes. La protección penal de ciertos bienes y valores debe ser permanente y absoluta y, en este caso, la tutela penal de orden legal corresponde a la obligación positiva constitucional de amparar la vida y los derechos fundamentales de las personas. En cambio, otros bienes pueden ser susceptibles de una protección penal relativa, ya sea porque son propios de determinado ámbito no universal de relaciones o porque su protección eficaz puede buscarse a través de otros medios jurídicos legítimos diferentes de la misma legislación penal, motivo éste que puede justificar inclusive la adopción de políticas criminales enderezadas a “despenalizar” ciertas conductas.

La protección legal del patrimonio y de la buena fe, no es ajena a la Constitución, pero de ésta no se infiere que siempre deba tener la impronta del derecho penal. Por consiguiente, la libertad de configuración normativa expresamente reservada al legislador en materia penal, en cuya virtud crea y elimina tipos penales, puede tener más alcance respecto de los bienes

susceptibles de tutela penal relativa. Concretamente, el supuesto del delito denominado “alzamiento de bienes”, como modalidad de conducta fraudulenta y lesiva del patrimonio, no reclama constitucionalmente de manera invariable un tratamiento propio de derecho penal y, por consiguiente, la decisión sobre este extremo se defiere al legislador histórico y a su específica política criminal. En este caso, a diferencia de los eventos en los que la protección penal articula una de las obligaciones básicas e ineludibles del Estado de defender el contenido esencial de un derecho fundamental, la eliminación de la tutela penal per se no vulnera la Constitución Política.

Justamente, razones de política criminal, asociadas a la ineficacia del régimen penal de la quiebra, llevaron al legislador a suprimir del catálogo de los delitos, algunos que tenían al comerciante como sujeto activo. Esto explica que la figura penal análoga del alzamiento de bienes, aplicable en el campo comercial, fuese abolida. Dado que el bien protegido aquí sólo es objeto de tutela penal relativa, en principio no se puede censurar la despenalización que se ha verificado por obra del órgano facultado para crear y eliminar tipos penales. A lo anterior se agrega que la norma que contenía el tipo especial, independientemente de las vicisitudes históricas ya comentadas, constituía una proposición normativa autónoma y, como tal, podía ser derogada sin necesidad de repetir el mismo acto con aquéllas otras con las que tuviera un nexo histórico o sistemático.

En ciertas hipótesis puede sostenerse que la función legislativa conformadora del ordenamiento o la misma encaminada a la exclusión de las normas que lo integran, que se traduzca en graves vacíos o incongruencias, puede violar la Constitución, desde luego siempre que la incongruencia o el vacío tengan esa virtualidad. Ya se mencionó que el alzamiento de bienes, así el delito se predique únicamente de los no comerciantes, no deriva su reprochabilidad de que la misma conducta se sancione respecto de los comerciantes. De ahí que si el fraude entre éstos últimos se va perseguir a través de otros instrumentos legales de naturaleza no criminal, porque así lo exige la política punitiva establecida por el legislador, ello no necesariamente comporta la necesidad de obrar de la misma manera respecto de las personas ordinarias, menos todavía si no existen motivos válidos para pensar que la tutela penal de la actividad civil se haya tornado innecesaria e ineficaz.

En principio, la tutela penal de la actividad comercial es relativa y, por lo tanto, el Estado puede calibrar y fijar su extensión. En este sentido, puede la ley crear tipos penales

especiales que sólo despliegan sus efectos en el campo mercantil, o también integrar en esta legislación con las matizaciones necesarias los tipos penales de la actividad civil. La mayor o menor protección penal de la actividad comercial, no tiene porqué obrar en desmedro de la protección penal de la actividad civil, así ambas en últimas respondan a la decisión del legislador, más aún cuando la reprochabilidad material de la conducta es independiente de las vicisitudes de la legislación comercial.

Así se observe una gradual unificación de la legislación civil y de la comercial, la cual es más evidente en determinadas materias, todavía subsiste la dualidad y en aspectos tan relevantes como en el de las obligaciones y los contratos. Esta circunstancia, no escapa a la Corte pues es indicativa de que la realidad subyacente a la legislación civil y a la comercial no es siempre semejante y, en todo caso, la apreciación de los cambios y de sus correspondientes traducciones normativas es asunto que le compete a la ley. No se trata de dos campos simétricos en los que la exclusión de una figura en uno de ellos automáticamente deba acarrear la eliminación de la misma en el otro. Desde la Constitución no se percibe la necesidad absoluta de que el fraude tenga la misma connotación penal en las dos legislaciones. Esta es una materia que incumbe al legislador y en relación con la cual goza de un margen apreciable de libertad configurativa en atención al valor relativo que en esta situación reviste la represión penal, la cual bien puede ser sustituida por otro tipo de garantías y acciones.

De ordinario la igualdad no se viola cuando se dan situaciones distintas, como ocurre en este caso. La actividad comercial, por lo menos parcialmente, se desenvuelve por ahora en un entorno normativo y fáctico particular, que no puede integralmente homologarse al de las personas ordinarias. La dualidad normativa es un factor que permite justificar la disparidad sobreviniente en términos de objetividad y razonabilidad.

Dentro de cada uno de los dos campos - con miras a su unificación o a su diferenciación - el legislador, por regla general, puede producir adiciones o derogaciones que no necesariamente deben comunicarse al otro. El anterior efecto de comunicación automática de las mutaciones normativas verificadas en uno de los dos campos, tiene todavía menos asidero en materia penal, reservada expresamente a la ley. La despenalización de la figura penal aplicable a los comerciantes, la hizo el legislador y como consecuencia, por la vía de la ley, se eliminó el correspondiente tipo. De producirse la despenalización del delito de

alzamiento de bienes, ello se haría por la vía de una sentencia de la Corte Constitucional, con flagrante violación de la reserva de ley, y sin que medie el juicio sobre la no necesidad de la tutela penal en el campo civil, extremo sobre el cual la Corte carece por completo de elementos de juicio y que no puede deducir de la simple despenalización ya producida en el campo comercial que, por el momento, fáctica y legalmente se mantiene todavía diferenciado de aquél. De otra parte, si la inexequibilidad se limitara a la expresión demandada, la Corte estaría judicialmente extendiendo el tipo penal a un conjunto de personas que la ley válida y previamente ha colocado por fuera de su ámbito.

No existiendo una vulneración sobreviniente al principio de igualdad, se sigue como consecuencia necesaria que la norma examinada no entraña un privilegio para los comerciantes. La interpretación actual de la norma lleva a concluir que la frase demandada indica que la conducta tipificada se escinde en su tratamiento penal y admite, en relación con los comerciantes, un régimen legal diferente, en atención a las características propias de la actividad comercial, las que todavía se conservan en virtud de un sistema legal especial establecido para responder adecuadamente a las necesidades objetivas de dicho quehacer y no al propósito de consagrar una serie de privilegios de orden estamental.

## DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

## RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLE la expresión “no siendo comerciante” del artículo 362 del Decreto 100 de 1980 -Código Penal-.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Gaceta del Congreso N° 381, del 4 de noviembre de 1993, p. 45 ss.