Sentencia C-333/01

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Temporalidad en delito de usura

TIPO PENAL EN BLANCO-Validez constitucional

NORMA LEGAL-Interpretaciones

USURA-Periodicidad de verificación de interés por Superintendencia

La opción del legislador exige que la verificación de la Superintendencia se realice de manera periódica y con una frecuencia tal que permita razonablemente establecer una continuidad entre el período base para le certificación y el período de vigencia de la misma, sin que, por este concepto quepa hacer un pronunciamiento de constitucionalidad o expedir un fallo con efecto modulado, en la medida en que el legislador dejó a las autoridades administrativas la determinación de periodicidad de las certificaciones y por consiguiente de la frecuencia que deben tener las mismas para que se conserve la voluntad legislativa de vincular la conducta punible a las condiciones de mercado imperantes en el momento de su realización. En todo momento los operadores económicos están en condiciones de conocer el interés que están cobrando los bancos, según la fijación previa y precisa que del mismo haya realizado la Superintendencia Bancaria al expedir certificación sobre el interés que han cobrado en el período anterior.

TIPO PENAL EN BLANCO-Remisión a acto administrativo

SUPERINTENDENCIA BANCARIA EN MATERIA DE USURA-Certificación de interés/SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Concepto indeterminado en certificación de interés

El margen de apreciación no riñe con la Constitución en la medida en que su resultado queda fijado en una certificación, que sólo puede tener efecto hacia el futuro. Debe tenerse en cuenta que no nos encontramos frente a una facultad discrecional de la Superintendencia Bancaria, sino ante lo que en la doctrina se conoce como un “concepto indeterminado”, frente al cual, si bien la autoridad administrativa tiene un margen de apreciación, su actuación no sólo es susceptible de control de legalidad, sino que está ineludiblemente ligada al contenido del concepto previsto en la ley.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Periodicidad de certificación de interés

De acuerdo con el artículo 235 acusado la Superintendencia Bancaria tiene además, y en este caso si, una facultad discrecional, para determinar la oportunidad y la frecuencia de las certificaciones, discrecionalidad que, sin embargo, encuentra un límite en la necesidad de que, de acuerdo con la norma que le da origen, la certificación se expida con una frecuencia tal que la haga apta para determinar el interés que actualmente, en cada momento, estén cobrando los bancos.

USURA-Expresión "período correspondiente"/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Aplicación

USURA-Conducta punible

Referencia: expediente D-3189

Actor:

Sonia María Ospina Giraldo.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Sonia María Ospina Giraldo, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política,

demandó el artículo 235 del Código Penal, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980.

La entonces Magistrada Sustanciadora, Cristina Pardo Schlesinger, mediante Auto del dieciocho (18) de septiembre de 2000 decidió admitir la demanda, por lo cual ordenó expedir las comunicaciones de rigor al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Ministro de Justicia y del Derecho, a la Superintendencia Bancaria, al Gerente del Banco de la República, al Director del Fondo de Garantías de las Instituciones financieras -Fogafin-, a la Asociación Colombiana de Entidades Bancarias, al Colegio de Abogados Penalistas, a la Comisión Andina de Juristas -Seccional Colombia-, al Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y a los decanos de las facultades de derecho de las universidades de los Andes, Nacional y del Rosario, fijar en lista la norma acusada en la Secretaría General para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las disposiciones cuya inconstitucionalidad se demanda, según aparecen publicadas en el Diario Oficial N° 35.453 del 8 de febrero de 1980, es el siguiente:

“DECRETO NUMERO 141 DE 1980

(enero 25)

‘por el cual se aclara el Decreto número 100 del 23 de enero de 1980’.

Artículo primero. Los artículos 68, 146, 235, 265 y 334 del nuevo Código Penal quedarán así:

(…)

Artículo 235. Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un (1) año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de

venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos.

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de ocho (8) meses a cuatro (4) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos".

III. LA DEMANDA

1. Normas que se consideran infringidas

Estima la accionante que la disposición acusada es violatoria de los artículos 6º, 28º y 29º de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, que es contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1 y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9º, aprobados mediante las leyes 74/68 y 16/72, respectivamente.

2. Fundamentos de la demanda

La demandante sostiene que la norma acusada es inconstitucional por violar la garantía del debido proceso, que hace parte del principio de legalidad consagrado en las disposiciones superiores que se citan como violadas.

Manifiesta que de acuerdo con las mencionadas disposiciones constitucionales, que han sido desarrolladas por la legislación penal, nadie puede ser juzgado, ni condenado, ni reducido a prisión o arresto sino por virtud de motivo previamente definido en la ley de manera clara, explícita e inequívoca, y sin que las normas que tipifican las conductas punibles puedan tener efecto retroactivo o retrospectivo.

Afirma que conforme al principio de legalidad un "comportamiento criminal debe ser claro, explícito e inequívoco, para que el ciudadano sepa conscientemente que, al asumir determinado comportamiento, incurrirá en una infracción de la ley penal" y se refiere a la manera como sobre el principio de tipicidad se ha pronunciado la Corte, transcribiendo algunos apartes de la Sentencia C-133 de 1999.

Señala que la norma acusada desconoce los citados principios porque conforme a la misma, quien recibe o cobra un rendimiento financiero solo a posteriori podría conocer la ilicitud de su acto, puesto que sólo en ese momento puede la Superintendencia Bancaria certificar "… el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación…"

Aduce que el hecho de que la Superintendencia Bancaria notifica el interés con posterioridad a la época de los hechos, no admite duda alguna, puesto que de acuerdo con la propia ley penal, se trata de una certificación, que acontece sobre hechos ciertos ocurridos en el pasado, y no de una tasa de referencia, como habría sido lo lógico.

Para acreditarlo hace una relación de algunas certificaciones de la Superintendencia y presenta el siguiente ejemplo: "Si un ciudadano cobró a otro el 1º . de enero de 1990 un interés remuneratorio del 66% por un mutuo de dinero durante todo el año de 1990, sólo el 28 de febrero de 1991 se pudo establecer con la expedición de la Res. 0714 de 1991, por parte de la Superintendencia Bancaria, que cometió el delito de usura, dado que la tasa certificada para los créditos ordinarios de libre asignación correspondientes al período de 1990, fue del 43.90% efectivo anual, por lo cual a partir del 65.85% se pudo incurrir en usura durante el año 90."

Señala la actora que el legislador, con un problema de concepción técnico, pretendió penalizar la conducta de cobro de intereses en función de la tasa de mercado del período correspondiente, no de la que se haya certificado para un período anterior.

Finalmente, manifiesta que el delito de usura no existe en la práctica por la deficiente estructura del tipo, lo cual se evidencia en el muy reducido número de condenas que por el mismo se han producido desde la expedición del código penal.

IV. INTERVENCIONES.

1. Intervención de la Defensoría del Pueblo.

El ciudadano Ricardo Correal Morillo, actuando en representación de la Defensoría del Pueblo y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó escrito de intervención en el presente proceso de constitucionalidad, solicitando se declare la exequibilidad de la norma acusada.

En su memorial, el ciudadano Correal afirma que el precepto legal acusado por la accionante, salvaguarda el sistema económico del cobro excesivo de intereses y protege a los más débiles frente a las estructuras económicas.

Por otro lado, señala que el orden económico – social se considera un bien fundamental de la comunidad y del Estado Social de Derecho, y como tal requiere una intervención y atención especial por parte de éste. Por tal razón se incluyó el delito de usura en la reglamentación penal, con el fin de establecer unos límites a la "libre decisión y el convenio de las partes" en aras de proteger un bien superior, como es, la estructura económica de una nación.

Igualmente, manifiesta el interviniente que la protección del capital de una colectividad, en relación con el cobro de intereses, no debe limitarse a la reglamentación puramente comercial y financiera, sino que requiere una sanción de carácter punitivo, toda vez que el comportamiento descrito en el tipo penal acusado se opone al buen funcionamiento de la sociedad.

Así mismo, menciona que aquellas personas que reciben una utilidad o ventaja por prestar dinero o vender bienes y servicios a plazo, conocen a tiempo los intereses que deben cobrar, pues la Superintendencia Bancaria expide el certificado señalado en la norma acusada periódicamente. En efecto, las personas que realizan la conducta tipificada en el delito de usura conocen con antelación el movimiento que presentan las tasas de interés que cobran los bancos por un crédito ordinario.

Finalmente, y de acuerdo con lo anterior, concluye el ciudadano que la disposición acusada no contraría el principio de legalidad y su desarrollo en los artículos 6º, 28º y 29º de la Carta Política, ni el ordenamiento constitucional, por lo cual solicita a la Corte que se declare su

exequibilidad.

2. Intervención ciudadana.

2.1. El ciudadano Alberto Hernández Esquivel, actuando por designación del Rector de la Universidad Externado de Colombia, en razón de la solicitud que a dicha institución hizo la Corte, presentó, dentro de la oportunidad procesal, escrito mediante el cual defiende la constitucionalidad de la disposición acusada.

Después de hacer un pormenorizado recuento histórico sobre la usura y un detenido análisis sobre la protección penal del orden económico y sobre la política criminal y la función legislativa, el interviniente se detiene en la consideración de la conformidad que con el principio de legalidad tienen los tipos abiertos y en blanco como el de la usura.

Descompone, a continuación, los elementos del tipo penal contenido en el artículo 235 del Código Penal, y critica la inclusión en el mismo de la expresión "en el término de un (1) año", que en su concepto lo ha tornado inaplicable.

Al analizar los cargos manifiesta que debe tenerse en cuenta que "… el legislador goza de discrecionalidad para establecer las conductas que por su dañosidad social deben ser considerados como hechos punibles y que en la elaboración de los tipos penales debe dotar de claridad y precisión el contenido de los mismos…", y que, por consiguiente la disposición acusada debe estudiarse con el objetivo de determinar si la descripción del delito de usura es amplia o ambigua y "… si en consecuencia quebranta los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, generando inseguridad jurídica."

Señala que "[e]n el caso bajo examen, el tipo penal consignado en la norma acusada es un tipo en blanco, por cuanto en su descripción y, más que ello, para su estructuración se toma como referente el concepto de 'interés que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos', ingrediente normativo extralegal, si bien cambiante de acuerdo con el mercado financiero, claramente determinable, como la misma disposición lo establece, exclusivamente a través del certificado de la Superintendencia Bancaria."

Expresa que no se requiere una exigente elaboración exegética o mayor precisión de la norma para establecer cual es la certificación que debe tenerse en cuenta en el momento de

pactar la tasa de interés.

Concluye que “[e]l operador jurídico nunca puede estructurar el tipo, interpretando la norma en el sentido de que el ‘período correspondiente’ se refiere al período durante el cual se pactan los intereses y no al último certificado por la Superintendencia Bancaria, antes del contrato, pues tal bajo tal presupuesto nunca se configuraría el delito de usura por inevitable falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.”

Estima que por la anterior consideración, la demandante parte de una interpretación equivocada de la norma y que el tipo de usura no viola el principio de legalidad porque los elementos que componen la conducta descrita cumplen con los requisitos que la doctrina constitucional exige para los tipos penales.

2.2. El ciudadano Gabriel Armando Sánchez presentó escrito mediante el cual sostiene la constitucionalidad de la norma demandada, pero sujeta a una sentencia integradora por parte de la Corte.

En primer lugar manifiesta que, si como ha venido ocurriendo, la certificación de la Superintendencia Bancaria se expide con posterioridad a la conducta que se juzga, serían fundados los cargos de la demanda.

Expresa que sin embargo ello no hace que necesariamente el artículo 235 del Código Penal deba considerarse inconstitucional, sino que permite concluir que la Superintendencia Bancaria no expide oportunamente los certificados que la ley ordena, lo que conduce a que la conducta descrita en el delito de usura no se pueda tipificar, puesto que conforme a la disposición acusada la Superintendencia debe certificar, no los intereses que cobraron los bancos en determinado período, sino los que están cobrando, para hacer lo cual la certificación debería ser diaria.

De acuerdo con lo anterior, considera el interviniente que la Corte debería optar por expedir una sentencia integradora para que se “establezca que el precepto acusado se ajusta a la Constitución, en particular al principio de legalidad, si la Superintendencia Bancaria certifica

diariamente, a partir de la fecha de la sentencia, el interés que están cobrando los bancos en sus créditos ordinarios de libre asignación".

3. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

José Camilo Guzmán Santos, Director del Derecho y el Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, quien actúa como apoderado de dicho organismo, presentó escrito en defensa de la norma acusada.

Advierte el interviniente que con el fin de comprender el sentido e interpretación del delito de usura consagrado en el precepto demandado, es necesario hacer referencia al contrato de mutuo definido en la legislación civil y el tratamiento de intereses. De acuerdo con lo anterior, realiza una breve explicación de dicho contrato y de la legislación aplicable al cobro de intereses, en particular de lo estipulado en el artículo 325 del Decreto 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, referente a la certificación del interés bancario corriente, el cual establece en su numeral tercero lo siguiente:

"Funciones. Los objetivos antes señalados los desarrollará la Superintendencia Bancaria mediante el ejercicio de las siguientes funciones: (…)

3.3. Certificar la tasa de interés bancario corriente con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos bancarios, analizando las tasas de las operaciones activas de crédito mediante técnicas adecuadas de ponderación.

La aludida función de cumplirá una vez al año, dentro de los dos (2) primeros meses, expresando la tasa a certificar en términos efectivos anuales. No obstante, en cualquier tiempo podrá hacerlo a solicitud de la Junta Directiva del Banco de la república.

El interés bancario corriente certificado regirá a partir de la fecha de publicación del acto correspondiente."

Así mismo señala que en este momento la actualización de la certificación se realiza mensualmente, por recomendación de la Junta Directiva del Banco de la República.

Por último el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho manifiesta que los fundamentos que utilizó el accionante en la demandada contra el delito de usura, carecen de

validez, "… toda vez que si existe certificación oportuna en materia del interés bancario corriente …" . Agrega que las entidades financieras conocen oportunamente cuales son los topes máximos en materia de intereses y que "… con mayor razón es entendible que cualquier ciudadano podrá disponer lo necesario para no caer en el delito de usura, sin depender incluso de certificaciones posteriores que lo único que harán es corroborar las directrices estatales."

Concluye que "[e]n la medida en que la información sobre el interés bancario está siempre al alcance de cualquiera y oportunamente, ninguno de los artículos de la Constitución Política resulta violado, pues el artículo 235 del Código Penal si puede ser aplicado sin que implique el juzgamiento retroactivo de una conducta."

En consecuencia solicita que por la Corte se declare la exequibilidad de la norma acusada.

4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El ciudadano Alfonso Gómez Méndez, Fiscal General de la Nación, interviene en el presente proceso de constitucionalidad y manifiesta que dado que en el radicado D-003188 se controvierte la exequibilidad del delito de usura con idénticos cargos a los formulados en la presente demanda, anexa las consideraciones que presentó para aquel.

El Fiscal realiza una exposición sobre el alcance del principio de legalidad en un Estado Social de Derecho, para lo cual transcribe apartes de algunos fallos de esta Corporación. (Sentencias C-127 de 1993 y C-070 de 1996).

Se refiere luego a la constitucionalidad de los tipos penales en blanco como el de la usura y, después de un análisis en concreto, señala que "…la norma cuestionada observa el principio de legalidad, si bien para su concreción final remite a un acto administrativo respecto del cual se tiene absoluta certeza."

Señala que, "[d]e otro lado, es evidente que al procesar penalmente cada evento, el interés bancario que se debe considerar es el fijado como vigente durante el período de tiempo en el

que se cometió el acto eventualmente punible, y no uno señalado con posterioridad como erróneamente se afirma en la demanda.”

Expresa, finalmente el Fiscal General, que la impugnante confunde la inconstitucionalidad de la norma con una situación probatoria cual es el conocimiento o desconocimiento del interés bancario corriente vigente al momento de realizar la conducta descrita en el precepto acusado. Pero que de esa situación probatoria no se deriva un problema de constitucionalidad de la norma.

Solicita en consecuencia que, puesto que la disposición acusada se ajusta al principio de legalidad previsto en la Constitución y al de tipicidad que es desarrollo de aquel, se declare su exequibilidad.

El Procurador General de la Nación conceptuó a favor de la constitucionalidad de la norma objeto de la demanda.

El Ministerio Público expresa que debe tenerse en cuenta que la usura es un tipo penal en blanco o abierto, en el cual la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador hace una remisión a si mismo o a otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla.

Pone de presente que la Corte en Sentencia C-127 de 1993 ha declarado que estos tipos abiertos o en blanco, no son inconstitucionales per se y que en el mismo sentido se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-559 de 1999.

Señala que la demandante hace una interpretación errónea de la norma acusada, por cuanto la certificación a que hace referencia el delito de usura, es la que se encuentre vigente al momento del cobro de los intereses.

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio Público advierte que el caso bajo estudio no comporta un problema de inconstitucionalidad, sino un conflicto de carácter probatorio, en el que se debe demostrar si el procesado conocía o no la ilicitud de sus actos.

Por otro lado, el Procurador hace alusión al concepto proferido por él en el proceso D-3113, en lo referente al elemento temporal del tipo penal de la usura, en el cual sostuvo lo siguiente:

“(…) teniendo en cuenta los criterios de diferenciación decantados por la Corte Constitucional, mediante la aplicación del test de razonabilidad, se hace manifiesto que la norma puesta en tela de juicio, contiene un trato desigual que carece de una finalidad concreta, considerando que no existen razones que justifiquen que se sancione al individuo que durante 12 meses realiza una conducta descrita en el tipo penal y que al individuo que la realiza por 11 meses y 29 días no lo someta a reproche alguno.

“Desde el punto de vista del bien jurídico, el término de un año, tampoco tiene justificación jurídica ni económica, máxime cuando con un solo cobro de intereses a una tasa más alta de la permitida, puede llegarse a afectar el Orden Económico y Social”.

Al respecto, reitera que la inclusión de la frase “término de un año” en el precepto demandado convierte el delito de usura en un tipo penal de difícil aplicación y “por eso en la mayoría de las ocasiones resulta lesionado impunemente el bien jurídico ‘Orden Económico y Social’, además de violar el principio de igualdad”.

Igualmente manifiesta que no comparte la postura de la impugnante en lo referente a la despenalización del delito de usura, pues conllevaría al rompimiento del esquema y seguridad económica que el Estado debe brindar a todos los ciudadanos.

En conclusión y teniendo en cuenta lo anterior el Ministerio Público solicita que se declare exequible la norma acusada, excepto la expresión “en el término de un año”, la cual se debe declarar inexequible.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de una Ley de la República, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el artículo 241-4 de la Carta Fundamental.

2. La Materia sujeta a examen

La demandante solicita la declaratoria de inexequibilidad del artículo 235 del Código Penal, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980, sobre el delito de usura.

Sostiene que el mencionado artículo es inconstitucional por violar el principio de legalidad de que tratan los artículos 6, 28 y 29 de la Constitución Política y ser violatorio también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9º, aprobados mediante las leyes 74/68 y 16/72, respectivamente, que consagran idéntico principio.

Manifiesta la demandante que de acuerdo con las anteriores disposiciones, que han sido desarrolladas por la legislación penal, nadie puede ser juzgado, ni condenado, ni reducido a prisión o arresto sino por virtud de motivo previamente definido en la ley de manera clara, explícita e inequívoca, y sin que las normas que tipifican las conductas punibles puedan tener efecto retroactivo o retrospectivo.

Señala que la norma acusada desconoce los citados principios porque conforme a la misma, quien recibe o cobra un rendimiento financiero solo a posteriori podría conocer la ilicitud de su acto, puesto que sólo en ese momento puede la Superintendencia Bancaria certificar "… el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación…"

Aduce que el hecho de que la Superintendencia Bancaria notifica el interés con posterioridad a la época de los hechos, no admite duda alguna, puesto que de acuerdo con la propia ley penal, se trata de una certificación, que acontece sobre hechos ciertos ocurridos en el pasado, y no de una tasa de referencia, como habría sido lo lógico.

La generalidad de los intervinientes coincide con el Procurador General de la Nación en que el tipo penal se ajusta a los requisitos que la doctrina constitucional ha previsto para los mismos, en la medida en que describe de manera clara e inequívoca la conducta punible, y en que la certificación que hace la Superintendencia rige hacia el futuro y que por consiguiente el tipo penal de la usura no violenta el principio de legalidad, pero difieren en cuanto a la expresión "el período correspondiente", por cuanto unos entienden que ella se refiere al período con base en el cual se hace la certificación por la Superintendencia

Bancaria, mientras que para otros la expresión parece referirse a la época en la que se realiza la conducta susceptible de calificarse como usuraria, y, finalmente, en otro caso, parece entenderse que la expresión debe relacionarse con el término de vigencia de cada certificación que expida la Superintendencia.

3. Consideración previa

Esta Corte, mediante Sentencia C-173 de 14 de febrero de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) declaró inexequible la expresión "en el término de un (1) año" contenida en el artículo 235 del Decreto Ley 100 de 1980 "por el cual se expide el Nuevo Código Penal", modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980.

Así mismo, la Corte declaró exequible la expresión "de seis meses a…", contenida en la misma disposición.

Por esa razón, sobre las anteriores expresiones existe cosa juzgada constitucional y así se expresará en la parte resolutiva de esta providencia.

4. El análisis de los cargos

La norma acusada contiene lo que en la doctrina se conoce como un tipo en blanco, el cual, como ha sido señalado por esta Corporación en Sentencia C-559/99 (M.P. A. Martínez Caballero), se caracteriza porque "… el alcance de la prohibición que consagra no puede ser determinado de manera autónoma sino que deben tomarse en cuenta otras disposiciones del ordenamiento." Dijo entonces la Corte que "… esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente."

El cargo formulado contra el artículo 235 del Código Penal se orienta precisamente a señalar que el referente que completa el tipo penal de la usura no permite conocer el carácter punible de una conducta sino con posterioridad a su ocurrencia.

Para controvertir el anterior cargo se ha señalado que la norma puede y debe interpretarse

de manera tal que la conducta prescrita tenga sentido y que tal interpretación no puede ser otra que la de que la certificación de la Superintendencia se aplica hacia el futuro y que para establecer si con una conducta se incurre en usura es necesario acudir a la certificación vigente en el momento en que se cobran o reciben intereses, esto es a la tasa certificada por la Superintendencia a partir del análisis de los intereses que han regido efectivamente en un período cierto.

El problema reside, entonces, en determinar el alcance que debe tener la expresión "… interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria…".

Para la actora es claro que la norma se refiere al interés que están cobrando los bancos en el momento en el que por el destinatario de la misma se cobran o reciben intereses. En esta interpretación la expresión "el período correspondiente" se refiere al tiempo en el que se lleve a cabo la conducta punible.

El interviniente Alberto Hernández Esquivel señala por su parte que "[e]l operador jurídico nunca puede interpretar la norma en el sentido de que el 'período correspondiente' se refiere al período durante el cual se pactan los intereses y no al último certificado por la Superintendencia Bancaria, antes del contrato, pues bajo tal supuesto nunca se configuraría el delito de usura por inevitable falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta." En su concepto la actora parte de una errada interpretación de la norma ya que "… ciertamente los intereses a los cuales alude la norma son los certificados por la Superintendencia Bancaria, con inmediata precedencia al momento de convenir la tasa de interés."

Del mismo modo, el señor Procurador General de la Nación señala que "… la demandante está realizando una interpretación errónea de la norma, toda vez que la interpretación lógica del precepto es que la certificación que se debe tener en cuenta como referencia al momento de la realización del contrato que conlleve el cobro de intereses, es la que se encuentre vigente en ese momento y no la que se va a certificar con posterioridad."

Encuentra la Corte que no obstante ser esta última una interpretación razonable, no es menos cierto que la interpretación que hace la actora tiene claro sustento en el texto normativo. Hace notar la Corte que una y otra interpretación denotan un muy distinto

contenido sobre el ámbito de aplicación de la norma, puesto que en un caso nos encontraríamos frente a una tasa de referencia que, en determinadas ocasiones y dependiendo de la frecuencia con la que se expida la certificación, podría encontrarse a considerable distancia de la tasa que estén cobrando los bancos para el período en el que se pacta el crédito o se cobran o reciben los intereses, mientras que en el otro, la usura se configuraría, necesariamente, con relación a la situación del mercado en el momento de producirse la conducta.

Del análisis del tenor literal de la norma, puede deducirse que la misma vincula la tasa de usura a un tope establecido de acuerdo con el interés que estén cobrando los bancos en el momento en el que se recibe o cobra una utilidad o ventaja por los operadores económicos. Sin embargo, strictu sensu, la certificación de ese interés no es posible, por cuanto, por su propia naturaleza, una certificación sólo puede versar sobre hechos pasados. No sería posible de esta manera certificar la tasa que están cobrando los bancos en un momento determinado. De hecho, las certificaciones de la Superintendencia se refieren a las tasas que "cobraron los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación…" en un período determinado.

Si, como lo sostiene la actora, el tipo exige que concurran el período de la certificación y el período en el cual se realiza la conducta susceptible de calificarse como usuraria, nos encontraríamos frente a un tipo, o inocuo, en la medida en que el agente nunca estaría en condiciones de conocer ex ante la antijuridicidad de su conducta, o inconstitucional, por violación del principio de legalidad, en los términos enunciados por la actora. En esta interpretación el referente para la conducta descrita por el tipo, en realidad, no sería "el interés que estén cobrando los bancos" sino la certificación que sobre el interés que estaban cobrando los bancos en el momento de la operación que se investiga expida la Superbancaria. Sería claro que en este caso el referente es posterior a la conducta y que el tipo no se integra sino con posterioridad a la misma, razón por la cual sería lesivo del ordenamiento superior.

En esta misma línea cabe otra interpretación, esbozada por el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho, según la cual el referente de la conducta es el interés que están cobrando los bancos, y que es a ese referente económico, concomitante con su actuación, al que deben ajustar sus operaciones los agentes económicos. La certificación no tendría otro

alcance que el de ser un instrumento de comprobación. El agente no tiene que ajustar su conducta a una tasa que no conoce, ni puede conocer, porque la base para determinarla no ha sido certificada aún, sino a la situación de mercado financiero en el momento de ejecutar la operación de crédito. Para dar certeza al límite de usura el juez acudiría a la certificación de la Superintendencia, la cual, sin embargo, no es el referente de la conducta, ni puede serlo en una interpretación medianamente lógica de la norma.

Esta segunda interpretación, que parece más ajustada al tenor literal de la disposición acusada, no la pone, sin embargo a salvo del cargo de inconstitucionalidad, puesto que si bien el referente para la conducta es la situación actual del mercado, el referente para la penalización de la misma es la certificación de la Superintendencia. Desaparece en este caso, al menos en cuanto hace a la tipicidad, el margen de apreciación del operador económico sobre el interés que en el momento de realizar la conducta estaban cobrando los bancos, por cuanto cualquier interés que se haya cobrado o recibido por encima del certificado por la Superintendencia para el período correspondiente, por pequeña que sea la desviación, sería usurario. Ese divorcio en la concepción del tipo lo haría inexorablemente inconstitucional, por cuanto una sería la descripción de la conducta que conforme al mismo resultaría exigible al agente económico y otra la descripción de la conducta que daría lugar a la imposición de la pena. Al agente se le exige no superar en la mitad el interés que en el momento de realizar sus operaciones de crédito estén cobrando los bancos, pero se penaliza la conducta de quien supere en la mitad el interés que haya sido certificado por la Superintendencia Bancaria. Y no hay correspondencia necesaria entre uno y otro interés.

Por otra parte, si, por el contrario, se entiende que la expresión “el período correspondiente” se refiere al período certificado por la Superintendencia Bancaria, si bien se pone a salvo el principio de legalidad, parecería desvirtuarse el objetivo, contenido en la norma, de vincular la conducta que se censura a la realidad actual del mercado y la citada expresión se vería privada de todo contenido normativo, por cuanto toda certificación se hace sobre un período determinado.

La norma admite, sin embargo una tercera interpretación, hacia la cual apuntan algunos de los intervinientes y que permite conciliar los extremos que se han reseñado.

En esta tercera perspectiva, si bien la certificación que hace la Superintendencia Bancaria

recae sobre hechos ciertos ocurridos en el pasado, la misma permite determinar la tasa que están cobrando los bancos en un período dado, que, para efectos de la interpretación y aplicación de la norma, no puede ser otro que el de la vigencia de la certificación, esto es, el período comprendido entra la fecha de su expedición y la de la expedición de la siguiente.

Así, el señor Fiscal expresa que "… es evidente que al procesar penalmente cada evento, el interés bancario que se debe considerar es el fijado como vigente durante el período de tiempo en el que se cometió el acto eventualmente punible, y no uno señalado con posterioridad como erróneamente se afirma en la demanda."

En el mismo sentido se expresa el representante de la Defensoría del Pueblo cuando señala que en las certificaciones sobre los intereses que cobran los bancos por los créditos de libre asignación que de manera periódica expide la Superintendencia Bancaria "… se muestra el desarrollo económico inmediato a partir de unos antecedentes conocidos para que los particulares adecuen sus conductas."

Esta interpretación permite mantener incólume un elemento del tipo, como es que la percepción de utilidad o ventaja sea excesiva con relación al interés que en ese momento estén cobrando los bancos. La misma requiere, sin embargo, como bien los señala el representante de la Defensoría del Pueblo, que exista una proximidad o inmediatez entre la certificación de la Superintendencia y el período para el cual dicha certificación tendrá vigencia.

En esta línea de interpretación, debe señalar la Corte que no encuentra de recibo el entendimiento que de la norma acusada plantea el interviniente Gabriel Armando Sanchez y conforme al cual, para determinar el interés que estén cobrando los bancos, sería necesario que la Superintendencia lo certificara diariamente, en primer lugar, porque, aún en ese evento, la certificación no versaría sobre el interés que están cobrando los bancos, sino sobre el que cobraron el día anterior; y segundo, porque el artículo acusado no exige que se certifique por la Superintendencia el interés que están cobrando los bancos, sino que dispone que para determinarlo se acuda a una certificación, la cual, en cuanto que tal, no podrá tener lugar sino sobre hechos ciertos ya ocurridos.

La norma acusada establece como referente para el delito de usura un hecho actual, como es el interés que estén cobrando los bancos, pero, en la medida en que el mismo es un

concepto indeterminado, dispone que para fijarlo con carácter vinculante, se acuda a la certificación de la Superintendencia, la cual, por su propia naturaleza, no puede versar sino sobre un período anterior. Esta opción del legislador exige que la certificación de la Superintendencia se realice de manera periódica y con una frecuencia tal que permita razonablemente establecer una continuidad entre el período base para la certificación y el período de vigencia de la misma, sin que, por este concepto quepa hacer un pronunciamiento de constitucionalidad o expedir un fallo con efecto modulado, en la medida en que el legislador dejó a las autoridades administrativas la determinación de la periodicidad de las certificaciones y por consiguiente de la frecuencia que deben tener las mismas para que se conserve la voluntad legislativa de vincular la conducta punible a las condiciones de mercado imperantes en el momento de su realización.

Por las anteriores consideraciones encuentra la Corte que los cargos de la demanda no están llamados a prosperar, en la medida en que, en todo momento los operadores económicos están en condiciones de conocer el interés que están cobrando los bancos, según la fijación previa y precisa que del mismo haya realizado la Superintendencia Bancaria al expedir certificación sobre el interés que han cobrado en el período anterior.

Estima la Corte necesario precisar, por otra parte, que no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, -la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación-, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal.

Así, en el presente caso, resulta claro que dada la mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación.

Efectivamente, por ejemplo, el concepto de "…interés que … estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación…" no es unívoco y, para efectos de la certificación prevista en la ley, debe la Superintendencia Bancaria precisar su alcance, como en efecto lo

hace, cuando al certificar la tasa, puntualiza que la misma corresponde a la efectiva anual, la cual "…muestra, de acuerdo con las fórmulas de interés compuesto, la rentabilidad real del dinero…" (Res. 1202 de 2000). Estima la Corte que este margen de apreciación no riñe con la Constitución en la medida en que su resultado queda fijado en una certificación, que como se ha señalado en esta providencia, sólo puede tener efecto hacia el futuro. Debe tenerse en cuenta que no nos encontramos frente a una facultad discrecional de la Superintendencia Bancaria, sino ante lo que en la doctrina se conoce como un "concepto indeterminado", frente al cual, si bien la autoridad administrativa tiene un margen de apreciación, su actuación no sólo es susceptible de control de legalidad, sino que está ineludiblemente ligada al contenido del concepto previsto en la ley.

De acuerdo con el artículo 235 acusado la Superintendencia Bancaria tiene además, y en este caso si, una facultad discrecional, para determinar la oportunidad y la frecuencia de las certificaciones, discrecionalidad que, sin embargo, y como ya se anotó, encuentra un límite en la necesidad de que, de acuerdo con la norma que le da origen, la certificación se expida con una frecuencia tal que la haga apta para determinar el interés que actualmente, en cada momento, estén cobrando los bancos.

Encuentra, entonces la Corte que la norma acusada no es violatoria de la Constitución porque la misma contiene un tipo en blanco, para cuya concreción remite a un acto administrativo, la Certificación de la Superintendencia, en condiciones que no ameritan reproche de inconstitucionalidad, y que en la medida que sólo rige hacia el futuro no vulnera el principio de legalidad en materia penal.

Sin embargo, dado que, como se ha visto, la expresión "el período correspondiente" ha sido objeto de diversas interpretaciones encuentra la Corte que cabe en este caso hacer una declaratoria de constitucionalidad condicionada, en los siguientes términos:

El artículo 235 del Código Penal solo es constitucional si se interpreta que la conducta punible consiste en percibir o cobrar utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según la certificación que previamente haya expedido la Superintendencia Bancaria y que se encuentre vigente en el momento de producirse la conducta.

Encuentra, entonces, la Corte que el legislador, dentro de su facultad para la configuración de las conductas punibles, con el objeto de proteger tanto el orden económico como el patrimonio de las personas, estableció el tipo de la usura, el cual si bien presenta las características de un tipo en blanco, porque, para determinarlo es necesario acudir en este caso a un acto administrativo, si configura de manera clara y precisa la conducta punible y no es merecedor de reproche de constitucionalidad, si se interpreta como se ha señalado en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

R E S U E L V E :

Primero: Declárase la EXEQUIBILIDAD del Artículo 235 del Código Penal, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980, siempre y cuando se interprete que la certificación de la Superintendencia Bancaria a la que hace referencia es la que se haya expedido previamente a la conducta punible y que se encuentre vigente en el momento de producirse ésta.

Segundo: La declaratoria de exequibilidad de la disposición acusada opera únicamente respecto del cargo examinado en la parte considerativa de la presente Sentencia, esto es por violación del principio de legalidad derivada del momento en el que se expide la certificación de la Superintendencia Bancaria.

Tercero: En relación con las expresiones “en el término de un (1) año” y “de seis meses a…”, contenidas en la disposición demandada, estése a lo resuelto en la Sentencia C-173/2001.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Decreto 2067 de 1991, notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-333/01

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Reseña histórica (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Connotaciones (Salvamento parcial de voto)

Este derecho fundamental tiene varias connotaciones: En primer lugar, cierra las fuentes del derecho, porque la descripción de los elementos básicos de la conducta prohibida que recoge todo tipo penal, sólo puede tener como fuente la ley -formal o material-. En segundo lugar, está en íntima conexión con la protección de otros derechos fundamentales (la libertad por ejemplo) y valores constitucionales de innegable trascendencia, como la seguridad jurídica.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Transformaciones por evolución del método dogmático (Salvamento parcial de voto)

TIPO PENAL ABIERTO-Teoría (Salvamento parcial de voto)

DELITO IMPRUDENTE-Características/DELITO DE COMISION POR OMISION-Característica (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Complemento del tipo por el juez (Salvamento parcial de voto)

TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA-Alcance/TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA-Legitimación de riesgos (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Límite/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Determinación de conductas/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Instancias para complemento de conductas (Salvamento parcial de voto)

El principio de legalidad tiene un límite: la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente. Estas instancias pueden ser: el juez (en los tipos abiertos), las normas administrativas de inferior categoría a la ley y el derecho consuetudinario (en los tipos en blanco) y la legitimación histórica de los riesgos (en la moderna teoría de la imputación objetiva).

TIPO PENAL EN BLANCO-Origen (Salvamento parcial de voto)

TIPO PENAL EN BLANCO-Alcance (Salvamento parcial de voto)

Por la necesidad de adaptar el derecho a la realidad social, deben utilizarse reenvíos dinámicos; es decir, se acepta que la norma de comportamiento complementaria aparezca con posterioridad a la tipificación del núcleo esencial de la conducta; pueden estar separadas en el tiempo (la preexistencia de la regulación sólo es exigible antes de la comisión del hecho). Esta normatividad se integra al tipo penal y conforma con él una unidad inescindible. Por esta razón, el principio de favorabilidad debe aplicarse (ultractiva o retroactivamente) con la sola modificación del precepto integrador y el conocimiento de la descripción típica (como elemento del dolo), debe abarcar también los aspectos del complemento (sobre él, puede existir error eximente de responsabilidad).

TIPO PENAL EN BLANCO DE LA USURA (Salvamento parcial de voto)

TIPO PENAL EN BLANCO-Núcleo esencial y área de complemento/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN TIPO PENAL EN BLANCO-Elementos esenciales (Salvamento parcial de voto)

La naturaleza de estos tipos exige una distinción entre el núcleo esencial y el área de

complemento. El primero, cuya configuración es del resorte exclusivo del legislador, describe los elementos básicos de la conducta prohibida. Por su parte, el complemento, que puede ser una norma extra-penal, determina específicamente las condiciones en que ella se configura, pero requiere estar inescindiblemente ligada a la norma en blanco. tanto el núcleo esencial como el área de complemento conforman una sola norma, la cual, en su integridad, está obligada a respetar el principio de legalidad. La segunda, consecuencia lógica de la primera, indica que no son válidos los análisis por separado del núcleo esencial y del complemento como si se tratara de disposiciones distintas. Y la tercera, que el principio de legalidad reúne a su vez tres elementos esenciales: la lex praevia, la lex scripta y la lex certa. La lex praevia exige que tanto la conducta como la pena antecedan en el tiempo a la comisión del ilícito, esto es, que hayan sido previamente señaladas; la lex scripta, por su parte, excluye la posibilidad de acudir a la costumbre para señalar el núcleo esencial de la conducta prohibida y la sanción de la misma; finalmente, la lex certa refiere que no puede haber indeterminación frente a la conducta o la pena.

TIPO PENAL EN BLANCO-Características del núcleo esencial (Salvamento parcial de voto)

El núcleo esencial debe reunir las siguientes características de reserva: (i) determinación de la conducta prohibida, lo cual significa que la descripción básica del comportamiento no puede confiarse al complemento; (ii) señalamiento preciso de la sanción, por cuanto ella siempre tiene que establecerse por vía legislativa; (iii) reenvío tácito o expreso, en tanto indica al ciudadano a que tipo de normas debe remitirse.

TIPO PENAL EN BLANCO-Requisitos de norma complementaria (Salvamento parcial de voto)

La norma complementaria puede ser una norma extra-penal emanada de la Administración, caso en el cual deberá reunir dos requisitos: de un lado, que sea general y, por el otro, que sea expedida por quien tenga la competencia constitucional para hacerlo. En caso contrario, el complemento no será admisible.

TIPO PENAL EN BLANCO-Autoridad competente para complemento (Salvamento parcial de voto)

TIPO PENAL EN BLANCO-Fuentes complementarias (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN TIPO PENAL EN BLANCO-Requisitos en remisión a ordenamiento extra penales (Salvamento parcial de voto)

La remisión a ordenamientos extra-penales para determinar el complemento normativo, respeta el principio de legalidad, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se preserve la reserva de ley en la descripción del núcleo esencial de la conducta prohibida. La definición de este aspecto no puede dejarse a la norma complementaria, sea esta escrita o de derecho consuetudinario. Tampoco son admisibles los "tipos en blanco al revés", en los cuales la norma complementaria define la sanción. b) Que la norma complementaria sea siempre preexistente a la conducta. c) Que la norma complementaria defina con claridad los aspectos que no definió el tipo en blanco. Solamente así queda a salvo la lex praevia, porque con anterioridad se conoce con absoluta claridad cuál es la conducta prohibida y la pena a imponer, la lex scripta, porque tanto la pena como la conducta han sido determinadas por el legislador en su contenido básico, y la lex certa, en razón a que el tipo no da lugar a indeterminaciones de ninguna naturaleza.

USURA-Características (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN USURA (Salvamento parcial de voto)

USURA-Competencia constitucional para complementación (Salvamento parcial de voto)

INTERESES-Regulación (Salvamento parcial de voto)

BANCO DE LA REPUBLICA-Manejo de tasas de interés (Salvamento parcial de voto)

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA-Regulación tasas de interés (Salvamento parcial de voto)

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA-Formas de regulación de tasas de interés/TIPO PENAL EN BLANCO DE LA USURA-Complemento administrativo (Salvamento parcial de voto)

La facultad de regulación de las tasas de interés puede ser desarrollada por el Banco de la República de dos formas, a saber: (i) interviniendo directamente en ellas ó, (ii) absteniéndose de hacerlo. Cuando apela al primer mecanismo, las tasas de interés pueden ser reguladas

señalando los topes o fijándolas expresamente. En tales eventos, la resolución emitida por el Banco de la República se constituye en el complemento administrativo para el tipo penal de la usura. Sin embargo, históricamente el banco de la República se ha abstenido de fijar directamente las tasas de interés y durante dos décadas. Puede hablarse entonces de una "intervención impropia", donde son las leyes del mercado quienes la señalan. Si bien la banca central juega un papel fundamental "…al determinar la oferta de dinero primario…", y de "…su cruce con la demanda por base monetaria se deriva cierta tasa de interés…", las autoridades monetarias no pueden controlar todas las variables que inciden en su producción.

TIPO PENAL EN BLANCO-Establecimiento (Salvamento parcial de voto)

TIPO PENAL EN BLANCO DE LA USURA-Remisión a ordenamiento extra penal (Salvamento parcial de voto)

La remisión a un ordenamiento extrapenal es válida y en nada desconoce los elementos del principio de legalidad, por cuanto el mercado determina con anterioridad cuál es el interés bancario que cobran los bancos para los créditos ordinarios de libre asignación.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Naturaleza jurídica (Salvamento parcial de voto)

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Función certificadora y no reguladora de tasas de intereses (Salvamento parcial de voto)

La Constitución no le encomendó la función de regular o intervenir las tasas de interés. Las mencionadas certificaciones solamente sirven como medio de prueba en el proceso penal (hay una tarifa legal), pero de ninguna manera pueden considerarse constitutivas, en sí mismas, de las tasas de interés. El requisito de preexistencia era predicable, o bien de la resolución expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, o bien de la regulación de intereses que determine el mercado, pero de ninguna manera de la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.

Con el acostumbrado respeto presento a continuación los argumentos que me llevan a disentir de la opinión mayoritaria de la Sala. Considero que se olvidaron algunos elementos conceptuales que no pueden pasar inadvertidos. En efecto, el complemento del tipo penal

de la usura está asignado al Banco de la República o, en la mayoría de casos al mercado, más no a la Superintendencia Bancaria (como lo afirma la sentencia) por cuanto dicho órgano solamente tiene una función certificadora en materia de intereses.

Principio de legalidad y evolución del método dogmático.

1. El principio de legalidad en Derecho Penal es un producto de la Ilustración (el siglo de la filosofía) y uno de los pilares mas importantes del Estado de Derecho. Se consolida con la Revolución Francesa, como un instrumento que impide los abusos de poder por parte del Estado y delimita claramente los ámbitos de libertad en el ser humano. Si todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido, el principio de legalidad se convierte en la Magna Charta Libertatum. En su nacimiento, estuvo ligado a la época de la codificación, que buscó criterios de racionalidad en la imposición de las sanciones. Reacción obvia ante los siglos anteriores, en los cuales el soberano ejercía ilimitadamente el poder punitivo. Es tal su contenido político, que en este siglo ha tenido dos grandes rupturas: con la revolución de octubre en Rusia (1917) hasta que fue restaurado en 1958 y en 1935 con el ascenso al poder del nacional socialismo alemán.1

2. Este derecho fundamental tiene varias connotaciones: En primer lugar, cierra las fuentes del derecho, porque la descripción de los elementos básicos de la conducta prohibida que recoge todo tipo penal, sólo puede tener como fuente la ley – formal o material- . En segundo lugar, está en íntima conexión con la protección de otros derechos fundamentales (la libertad por ejemplo) y valores constitucionales de innegable trascendencia, como la seguridad jurídica2.

3. Después de dos siglos de vigencia ha sufrido profundas transformaciones, producto de la evolución del método dogmático en los últimos ciento cincuenta años. El formalismo jurídico, propio de la dogmática naturalista del siglo XIX, fue seriamente cuestionado a principio del siglo XX con la aparición del neokantismo, que introdujo el dualismo metodológico en Derecho Penal, y por ende, las consideraciones de valor (los valores de la cultura) en todas las categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-. A partir de este replanteamiento, se abrió un nuevo camino para la teoría del delito: de un sistema cerrado, caracterizado por la elaboración de los elementos esenciales del delito con base en un método deductivo, que extrae todas las consecuencias a partir de ciertos principios

obtenidos del mismo ordenamiento jurídico (herencia de una concepción cartesiana del mundo, propia del siglo XVII), se pasa a un sistema abierto, en el cual los valores y la realidad social empiezan a definir el contenido de las categorías centrales del ilícito.

4. El apego entonces, al estricto tenor literal de la ley para definir los alcances del principio de legalidad, se derrumba. Si el tipo penal describe los modelos de conducta que atentan contra las condiciones básicas de existencia de una comunidad organizada, la realidad social contribuye a delimitar la prohibición. Esta perspectiva fue planteada por Hans Welzel (desde una crítica demoledora contra el naturalismo y el neokantismo), quien introdujo en 1939 el concepto de adecuación social en Derecho Penal: Están por fuera de la prohibición penal, aquellas conductas que no rompen con los ordenes históricamente constituidos de una determinada sociedad. Si la conducta se adecua a esas condiciones básicas de existencia, no pueden entrar en la órbita del derecho penal, así se enmarquen formalmente en un tipo. V.gr, lesiones insignificantes, producidas en un contacto sexual consentido; pequeñas privaciones de la libertad en el tráfico automotor, o los regalos de menor valor que reciben los servidores públicos en época de navidad.3

5. Posteriormente Welzel (1952) elabora su teoría de los tipos abiertos. Consideró que en ellos, se rompe la relación norma prohibitiva-norma permisiva característica del ilícito penal. A diferencia de los llamados tipos cerrados, en los cuales la descripción contiene los aspectos fundamentadores del injusto y éste se define negativamente ante la ausencia de normas permisivas, en los abiertos no se describe íntegramente la prohibición. El tipo no es indicio de la antijuridicidad. En el plano de la adecuación típica deben estudiarse los elementos del deber jurídico y lo injusto se constata –desde ese momento- con un juicio positivo. Se trae como ejemplo, el concepto de “reprobabilidad” utilizado en las coacciones (art. 240 II StGB). Sólo comprobado positivamente (lo reprobable) se puede hacer el proceso de adecuación típica. Por eso es un tipo abierto, porque no describe todos los elementos que fundamentan la clase de injusto. Hay que indagarlos desde una visión de la antijuridicidad, que se incorpora al tipo penal4.

6. Welzel caracterizó los tipo abiertos, como normas que no definen exhaustivamente la conducta prohibida y por ende necesitan un complemento por parte del juez (en la función creadora del juez, el finalismo coincide con el realismo jurídico). De acuerdo a la naturaleza de las cosas, hay cierto tipo de comportamientos que el legislador no puede describir

minuciosamente, dada la multiplicidad de formas que puede revestir en la realidad. Trae como ejemplo los tipos culposos (delitos imprudentes) y los tipos de omisión impropia(delitos de comisión por omisión).

El delito imprudente se caracteriza por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como consecuencia de la inobservancia a un deber de cuidado. Como resulta imposible describir en un tipo penal, o recoger en el ordenamiento todos los deberes de diligencia que le son exigibles a una persona en el tráfico jurídico, le corresponde al juez determinarlos en el caso concreto. Utiliza para ello criterios muy importantes, como el de la lex artis, la prohibición de poner en peligro abstracto bienes jurídicos, los reglamentos que regulan las actividades peligrosas, la figura del modelo diferenciado, etc. Lo mismo sucede en los delitos de comisión por omisión, en los cuales el criterio para imputar un no hacer (omisión) como equivalente a la realización activa de un comportamiento, radica en la posición de garante. Como no puede el legislador describir exhaustivamente todos los casos en que alguien tiene un deber específico de evitar un resultado, le corresponde hacerlo al juez, con base en criterios como el de creación de fuentes de peligro (competencia por organización) o deberes de protección de bienes jurídicos surgidos institucionalmente (competencia institucional).

7. En los anteriores casos, los finalistas entendieron que el complemento de la conducta prohibida con una valoración ex post (el tipo lo complementa el juez en cada caso concreto, formulando una norma de conducta), no viola el principio de legalidad consagrado en la Constitución. La función de advertencia que cumple el principio de legalidad (le señala al ciudadano cuáles son los límites entre lo permitido y lo prohibido), queda a salvo porque el tipo imprudente delimita la prohibición con la exigencia de observar deberes de diligencia en la vida de relación. Lo mismo es aplicable a la comisión por omisión, en la cual sólo se responde cuando se tiene una calidad específica: la posición de garante.5

8. El camino iniciado por Welzel hace mas de medio siglo, es continuado en la actualidad por la moderna teoría de la imputación objetiva. De conformidad con ella, el riesgo permitido se convierte en un elemento general de lo injusto, predicable de toda forma de comportamiento humano (acción y omisión, dolo e imprudencia). Para determinar el riesgo, no es posible acudir a las fuentes formales tradicionales. La ley no puede delinear en todos sus aspectos las formas posibles en que se manifiestan los riesgos, porque este es un producto social. Los riesgos se legitiman históricamente6 y son las relaciones sociales las que crean derecho. Con

razón anota Welzel: “Un caso especial de la adecuación social es el riesgo permitido, que se distingue de otras conductas socialmente adecuadas, solamente por el grado de peligro para el bien jurídico”7

9. En conclusión, el principio de legalidad tiene un límite: la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente. Estas instancias pueden ser: el juez (en los tipos abiertos), las normas administrativas de inferior categoría a la ley y el derecho consuetudinario (en los tipos en blanco) y la legitimación histórica de los riesgos (en la moderna teoría de la imputación objetiva).

Origen de los tipos penales en blanco. Necesidad de su aplicación.

10. La teoría de los tipos penales en blanco (Blankettstrafgesetze) tuvo origen en Alemania en el siglo XIX. Nació para delimitar lo ámbitos de competencia entre el Código Penal del Imperio, los estados federales y los municipios. La ley central delegaba en los entes territoriales, el complemento de algunas disposiciones del Código Penal. Su creador fue Binding, quien expuso estos planteamientos en su famoso libro sobre la teoría de las normas8.

11. En la actualidad se utiliza este concepto, para regular aquellos casos en que no es posible describir integralmente el contenido de la conducta prohibida, y por ende se difiere su complemento a otros ordenamientos jurídicos (civil, laboral, etc.) o autoridades administrativas; incluso al derecho consuetudinario, cuando éste sirve de fuente al derecho que desarrolla la norma en blanco9. Esta técnica se justifica, cuando se protegen relaciones sociales variables, dinámicas, que requieren ser actualizadas permanentemente. La protección del bien jurídico depende de la existencia de un mecanismo flexible, que permita ajustar el contenido de la prohibición a los cambios frecuentes de la realidad. Por ejemplo, en materias económicas, comercio exterior, salubridad pública10.

Los tipos penales en blanco frente al principio de legalidad.

13. El delito de usura corresponde, según la dogmática y su diseño en la ley colombiana, a un tipo penal en blanco, es decir, a una norma que determina el núcleo esencial de la acción u omisión y su pena, pero deja la precisión de ciertos aspectos de la conducta prohibida a una norma distinta, generalmente extra-penal, de jerarquía inferior a la ley11. En otras palabras, el tipo penal de la usura no describe totalmente el comportamiento prohibido, sino que éste requiere ser complementado por otra norma.

Ahora bien, la naturaleza de estos tipos exige una distinción entre el núcleo esencial y el área de complemento. El primero, cuya configuración es del resorte exclusivo del legislador, describe los elementos básicos de la conducta prohibida. Por su parte, el complemento, que puede ser una norma extra-penal, determina específicamente las condiciones en que ella se configura, pero requiere estar inescindiblemente ligada a la norma en blanco.

14. En estas condiciones, el núcleo esencial debe reunir las siguientes características de reserva: (i) determinación de la conducta prohibida, lo cual significa que la descripción básica del comportamiento no puede confiarse al complemento; (ii) señalamiento preciso de la sanción, por cuanto ella siempre tiene que establecerse por vía legislativa; (iii) reenvío tácito o expreso, en tanto indica al ciudadano a que tipo de normas debe remitirse. Con razón anota Harro Otto lo siguiente: “Si en los casos de una ley en blanco, la conducta prohibida esta comprendida en un ordenamiento, o la amenaza de la pena esta atada a la inobservancia de actos de la administración, entonces los presupuestos de la punibilidad y la forma de la pena, tienen que ser ya previsibles para el ciudadano en la ley, pues una pena, según el artículo 103 párrafo 2 de la Constitución, sólo puede ser impuesta con fundamento en una ley formal”12.

A su vez, la norma complementaria puede ser una norma extra-penal emanada de la Administración, caso en el cual deberá reunir dos requisitos: de un lado, que sea general y, por el otro, que sea expedida por quien tenga la competencia constitucional para hacerlo. En caso contrario, el complemento no será admisible.

Las conductas punibles deben ser vinculantes para todos los habitantes del territorio nacional. Si se admitieran complementos expedidos por autoridades que sólo tienen competencia en ámbitos territoriales específicos, se llegaría al absurdo de que el mismo comportamiento esta prohibido en determinadas zonas y permitido en otras (distinción que

sólo puede hacer el legislador por razones de necesidad). Ello violaría el derecho a la igualdad13. De otra parte, debe tratarse de una autoridad competente, porque los servidores públicos –a diferencia de un particular- sólo pueden realizar las actividades que están dentro de su ámbito de competencia funcional (principio de legalidad de la Administración Pública).

15. Sin embargo, en ciertos casos, el complemento del tipo no se asigna directamente a la administración sino que es dejado a otras fuentes del derecho que no corresponden a la clásica norma positiva. En tales hipótesis, como se expresó anteriormente, son las relaciones sociales, los procesos históricos y, en general, el derecho consuetudinario, quienes determinan el complemento normativo de los tipos en blanco. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿pueden dichas fuentes concretar una conducta prohibida penalmente sin desconocer con ello el principio de legalidad?

16. Antes de resolver el interrogante es preciso hacer algunas aclaraciones. La primera, en el sentido de advertir que tanto el núcleo esencial como el área de complemento conforman una sola norma, la cual, en su integridad, está obligada a respetar el principio de legalidad. La segunda, consecuencia lógica de la primera, indica que no son válidos los análisis por separado del núcleo esencial y del complemento como si se tratara de disposiciones distintas. Y la tercera, que el principio de legalidad reúne a su vez tres elementos esenciales: la lex praevia, la lex scripta y la lex certa.

La lex praevia exige que tanto la conducta como la pena antecedan en el tiempo a la comisión del ilícito, esto es, que hayan sido previamente señaladas; la lex scripta, por su parte, excluye la posibilidad de acudir a la costumbre para señalar el núcleo esencial de la conducta prohibida y la sanción de la misma; finalmente, la lex certa refiere que no puede haber indeterminación frente a la conducta o la pena.

17. Con estos elementos de juicio, puede afirmarse que la remisión a ordenamientos extra-penales para determinar el complemento normativo, respeta el principio de legalidad, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se preserve la reserva de ley en la descripción del núcleo esencial de la conducta prohibida. La definición de este aspecto no puede dejarse a la norma complementaria, sea esta escrita o de derecho consuetudinario. Tampoco son admisibles los “tipos en blanco al

revés”, en los cuales la norma complementaria define la sanción.14

b) Que la norma complementaria sea siempre preexistente a la conducta.

c) Que la norma complementaria defina con claridad los aspectos que no definió el tipo en blanco. Hassemer expresa que se lesiona el principio de legalidad, cuando la norma que complementa el tipo penal en blanco es indeterminada.15

Solamente así queda a salvo la lex praevia, porque con anterioridad se conoce con absoluta claridad cuál es la conducta prohibida y la pena a imponer, la lex scripta, porque tanto la pena como la conducta han sido determinadas por el legislador en su contenido básico, y la lex certa, en razón a que el tipo no da lugar a indeterminaciones de ninguna naturaleza.

Los anteriores son, en mi sentir, los elementos conceptuales a los que debió recurrir la Corte para analizar el tipo penal de la usura y determinar si la norma acusada desconocía o no los postulados del debido proceso y de legalidad en general.

El delito de Usura frente al principio de legalidad.

18. La doctrina afirma que la prohibición de cobrar intereses en los préstamos de dinero, surge en la antigüedad clásica. Mas exactamente, en el pensamiento aristotélico, donde se sostuvo “…que el dinero es estéril y no produce frutos”. Esta concepción fue tomada por diversas culturas religiosas, pero se flexibilizó por la escolástica de la alta edad media, que introdujo a través del Derecho Canónico posibles justificaciones (lucro cesante, daño emergente, riesgo). Con la aparición del mercantilismo y la consolidación de la economía de mercado que se ha venido desarrollando en los dos últimos siglos, el interés se convierte en un instrumento muy importante en las políticas macroeconómicas del Estado16.

En materia de regulación de la usura, el ordenamiento jurídico Colombiano tiene las siguientes características:

i) El injusto no gira solamente en torno al préstamo de dinero (real o simulado), sino que también es posible en los casos de utilidad indebida en la celebración de otros negocios jurídicos (venta de bienes o servicios a plazo –usura de cosas- compra de salarios o prestaciones sociales);

ii) Basta la usura objetiva, es decir, el préstamo o cobro de utilidades excesivas. No importa si existió o no abuso sobre las condiciones de inferioridad del prestatario, porque el objeto de protección no es la libertad contractual (usura subjetiva) sino el orden económico y social.

iii) No se exige la habitualidad del comportamiento y basta con recibir o cobrar utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que en ese momento (en el de la celebración del negocio jurídico que sirve de base para el cobro de la utilidad) estén cobrando los bancos por los créditos de libre asignación;

iv) El ilícito se consuma con recibir o cobrar la utilidad indebida y no requiere un peligro al patrimonio económico del prestatario, porque el bien jurídico tutelado es el "orden económico y social". Las utilidades que se perciban con posterioridad al negocio jurídico celebrado, podrían considerarse en algunos casos como actos posteriores copenados, que excluyen el concurso de delitos por unidad natural de acción;

v) Es un tipo penal en blanco, porque remite su complemento a una norma administrativa (a la regulación del Banco de la República) o al libre juego del mercado, cuando no existe una intervención directa.

19. Con base en lo expuesto anteriormente, el principio de reserva de ley en la tipificación de los delitos, queda satisfecho por las siguientes razones: El Núcleo esencial de la conducta punible es el cobro de utilidad o ventaja en la celebración de ciertos negocios jurídicos, que excede en la mitad el interés que estén cobrando los bancos para los créditos ordinarios de libre asignación. La norma en blanco claramente señala el bien jurídico protegido, las diversas modalidades de conducta y el objeto de la misma, asi como los sujetos que la pueden realizar (i); la pena consiste en prisión de seis meses a dos años y también está prevista en la norma (ii); finalmente, el reenvío es claro en cuanto remite a los intereses que estén cobrando los bancos para cierto tipo de créditos (iii).

20. Sin embargo, el análisis en cuanto al complemento normativo no es tan sencillo por cuanto remite a una norma extra-penal para saber cuál es el monto de los intereses. En este orden de ideas, la Corte ha debido interrogarse sobre la competencia constitucional para completar el tipo penal de la usura; es decir, determinar si la facultad de señalar el interés para los Créditos Ordinarios de Libre Asignación está atribuida a una autoridad administrativa, o si por el contrario corresponde a un factor que le es ajeno.

La regulación de intereses

21. Los intereses, esto es, el precio del dinero en el mercado financiero, han estado asociados históricamente con dos elementos que le son inescindibles: la moneda y el crédito. No es este el momento para hacer un análisis profundo al respecto, pero sí resulta oportuna la siguiente cita, que explica con absoluta claridad la mencionada relación:

"Mirado desde esta óptica, la tasa de interés se ha ligada cada vez más al manejo de la moneda como instrumento esencial para el otorgamiento del crédito, sea que se le mire en su forma tradicional de préstamo (operación activa) o se le conciba como remuneración que ofrece el sistema financiero en el proceso de captación del ahorro (operación pasiva)."

(…)"Al hablar de moneda en sus diversas formas, desde el punto de vista económico, y particularmente a partir de la teoría Keynesiana de la moneda, se ha afianzado en forma creciente la idea de que la tasa de interés es un fenómeno puramente monetario. La concepción Keynesiana considera que el interés es el precio que se cobra por el sacrificio de dejar de tener moneda en forma líquida. Es en esta acepción donde la moneda toca lo atinente al ahorro, lo subsume y llega hasta identificarse con él."17

22. Así pues, por tratarse de una materia de tan marcada trascendencia, muchas posiciones han surgido en relación con el manejo que debe darse a las tasas de interés. Las hay de todo tipo, desde las que consideran necesaria su regulación directa por el Estado, hasta aquellas según las cuales son las fuerzas económicas y la libertad del mercado a quienes corresponde determinarlas, sin ninguna otra injerencia. 18

Los intereses en la Constitución de 1991. Atribuciones del Congreso y del Banco de la República.

23. En este punto conviene hacer una distinción entre las funciones en cabeza del Banco de la República y del Congreso, y las que fueron encargadas al ejecutivo por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Con relación al primero, la Constitución le otorgó facultades en los siguientes aspectos: (i) regular la moneda, el crédito y los cambios internacionales, (ii) emitir moneda legal, (iii) administrar las reservas internacionales, (iv) actuar como prestamista y banquero de los

establecimientos de crédito, (v) servir como agente fiscal del gobierno. Todas estas funciones deben ser desempeñadas dentro del ámbito de su autonomía e independencia administrativa, patrimonial y técnica, pero con las injerencias derivadas de la concepción de Estado Unitario19 y las limitaciones reconocidas tanto desde el punto de vista formal como material20.

De esta manera, cuando se hace referencia a la regulación de la moneda, los cambios internacionales y el crédito, se quiere significar que, por su relación inescindible con las tasas de interés, el Banco de la República, en cabeza de su Junta Directiva, tiene la facultad exclusiva de regular estas últimas discrecionalmente. El Congreso de la República, por su parte, solamente tiene la potestad de señalar las pautas generales que delimitan la actividad del Banco21. Tal es la posición de la jurisprudencia constitucional, que sobre el particular ha dicho lo siguiente22:

"De ello resulta que, si bien está a cargo del Congreso una función normativa general de las aludidas materias, son inconstitucionales las disposiciones de la ley que, desconociendo el sistema expuesto, invaden la órbita de autonomía del Banco de la República y asumen en concreto las atribuciones reguladoras de la moneda o el crédito, pues, como ya lo dijo esta Corte en Sentencia C-021 del 27 de enero de 1994 (M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell), la formulación de las regulaciones que menciona el artículo 371 de la Constitución en lo que atañe con el manejo monetario y crediticio son de competencia exclusiva de la Junta Directiva del Banco, porque la Carta no autorizó compartir tales facultades ni con el Presidente de la República, ni con otra autoridad u organismo del Estado. Por supuesto, tampoco con el Congreso, cuyo campo de legislación en la materia está circunscrito al establecimiento de ordenamientos generales que delimitan la actividad del Banco de la República y de su Junta Directiva." (Subrayado fuera de texto)

Y en la misma providencia se agrega:

" (…) en razón de la autonomía de decisión del Banco de la República, su función reguladora del crédito no puede ser compartida con el Gobierno y, por consiguiente, la disposición en comento desconoce los principios constitucionales cuando faculta al Ejecutivo para expedir normas en materia crediticia, particularmente en lo relacionado con tasas de interés."(Subrayado fuera de texto)

Pero más aún, la jurisprudencia ha reconocido abiertamente que el manejo de las tasas de interés hace parte de la política crediticia reservada, según los artículos 371 y 372 de la Constitución, al Banco de la República por intermedio de su Junta Directiva. Ello ocurrió con ocasión de una demanda en contra de una ley que solamente le permitía fijar las tasas de interés remuneratorio por un periodo máximo de 120 días al año, y que, como era lógico, fue declarada inexequible. Dijo entonces23:

El referido texto en la forma como esta concebido es inconstitucional, porque las regulaciones del legislador en cuanto a la manera como el banco debe ejercer sus funciones deben ser, como antes se expresó, generales y abstractas y no puntuales, a efecto de que no se interfiera, reduzca o anule la iniciativa de la Junta Directiva en lo que concierne con el estudio y ponderación de las circunstancias de orden económico y social que en un momento dado ameritan la adopción de una determinada medida.

Indicarle al banco cuando, como y bajo que circuntancias debe señalar las tasas máximas de interés a que alude la norma, implica determinar de antemano y hacer predecible las decisiones en materia de la fijación de dichas tasas, cuando realmente, con fundamento en su autonomía es a la Junta Directiva a quien le compete, como parte del manejo de la política creditica, dentro de cierta discrecionalidad y según lo demanden los intereses públicos y sociales, la determinación de dichas tasas." (Subrayado fuera de texto)

En conclusión, la competencia constitucional para regular las tasas de interés corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República24, hecho este que la Corte no tuvo en cuenta en la sentencia.

24. Ahora bien, la facultad de regulación de las tasas de interés puede ser desarrollada por el Banco de la República de dos formas, a saber: (i) interviniendo directamente en ellas ó, (ii) absteniéndose de hacerlo. Cuando apela al primer mecanismo, las tasas de interés pueden ser reguladas señalando los topes o fijándolas expresamente. En tales eventos, la resolución emitida por el Banco de la República se constituye en el complemento administrativo para el tipo penal de la usura.

Es el momento de advertir que la intervención directa del Banco de la República tiene lugar, de manera obligatoria y directa, en materia de vivienda. Ello se justifica "por la especial protección que merecen las personas en cuanto al crédito para adquisición de vivienda", tal y

como quedó expuesto en la sentencia C-995 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell), donde la Corte señaló:

Ahora bien, como en esta Sentencia se define que la tasa de interés remuneratorio no puede quedar descontrolada ni sujeta a las variables propias del mercado, y las de intermediación de vivienda vienen siendo las más altas, deben reducirse significativamente por la Junta Directiva del Banco de la República para hacer posible la realización del derecho a una vivienda digna (art. 51 C.P.) y para que sea verdadera la democratización del crédito (art. 335 C.P.). Entonces, la Junta, en su condición de autoridad monetaria y crediticia, mediante acto motivado en que se justifique su decisión, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por las entidades financieras en este tipo de créditos. Ella, a su turno, será siempre inferior a la menor de todas las tasas reales que se estén cobrando en el sistema financiero, según certificación de la Superintendencia Bancaria, sin consultar factores distintos de los puntos de dichas tasas, e independientemente del objeto de cada crédito, y a la tasa menor se le deberá descontar la inflación para que no se cobre doblemente. (Subrayado fuera de texto)

25. Sin embargo, históricamente el banco de la República se ha abstenido de fijar directamente las tasas de interés y durante dos décadas –1973 a 1993- se dio un proceso de liberación. Puede hablarse entonces de una “intervención impropia”, donde son las leyes del mercado quienes la señalan. Si bien la banca central juega un papel fundamental “…al determinar la oferta de dinero primario…”, y de “…su cruce con la demanda por base monetaria se deriva cierta tasa de interés…”, las autoridades monetarias no pueden controlar todas las variables que inciden en su producción25.

La intervención del Estado en la economía también se realiza a través de mecanismos indirectos, utilizando los instrumentos de política monetaria con que cuenta el banco para influir en las tasas de interés. Por ejemplo, con el manejo del sistema de banda cambiaria y del encaje; acudiendo a operaciones de mercado abierto, y en general, determinando la oferta de dinero con políticas de expansión y restricción monetaria. El punto consiste en saber si en estos eventos, según los planteamientos teóricos anteriormente señalados, se garantiza el principio de legalidad.

Ya se dijo que el complemento del tipo penal puede ser establecido en ciertos casos, por una

realidad social o una legitimación histórica. Por ejemplo, asi se fundamenta el riesgo permitido, que sirve de base a la moderna teoría del delito –funcionalista- elaborada sobre criterios normativos. En consecuencia, como ocurre con el artículo que fue objeto de control por la Corte, la remisión a un ordenamiento extrapenal es válida y en nada desconoce los elementos del principio de legalidad, por cuanto el mercado determina con anterioridad cuál es el interés bancario que cobran los bancos para los créditos ordinarios de libre asignación.

Superintendencia Bancaria: Función certificadora y no reguladora en materia de intereses

De la naturaleza jurídica de la Superintendencia Bancaria como órgano técnico adscrito al Ministerio de Hacienda pero con personería propia, se deriva que ella tiene atribuidas las funciones de inspección, control y vigilancia sobre las personas dedicadas a las actividades financiera, bursátil, aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (artículo 189-24 de la Carta). Respecto de su naturaleza y atribuciones la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, algunos de cuyos principales objetivos consisten en asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones; prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de dicha confianza, protegiendo el interés general y particularmente el de terceros de buena fe; y adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de sanas prácticas.” (Sentencia T-461 de 1994 MP. José Gregorio Hernández Galindo)

Y en un pronunciamiento más reciente agregó:

“Además, el desarrollo de la relación contractual entre la institución prestamista y el deudor está vigilada por el Estado a través de la Superintendencia Bancaria, organismo por cuyo conducto el Presidente de la República ejerce la función señalada en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política.”

“ (…) Por otra parte, el artículo 189, numeral 24, de la Constitución le ordena al Presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las

personas que adelanten la actividad financiera, y es evidente que, como lo ha repetido la jurisprudencia de esta Corporación, los mecanismos a través de los cuales operan los intermediarios y las modalidades de su gestión, especialmente en créditos sujetos a la protección y atención especial del Estado -como el de vivienda- están supeditados a verificación, control, orientación y restricción a cargo de la Superintendencia Bancaria, organismo que cumple, desde luego en los términos de la ley, la aludida función presidencial.

"(...) Desde luego, las tasas de interés ya pactadas en contratos vigentes tendrán que modificarse por vía general con arreglo a la presente Sentencia, si habían contemplado intereses superiores a los que surgirán del ejercicio que de su competencia haga la Junta Directiva del Banco de la República, al indicar, previa certificación de la Superintendencia Bancaria, cuál es la tasa máxima que se puede cobrar en este tipo de créditos, que será siempre inferior a la menor o más baja de todas las que se estén cobrando en el sistema financiero." (Sentencia C-955 de 2000

27. Sin desconocer la trascendencia que tiene la rama ejecutiva dentro de la estructura macro-económica del Estado, y específicamente de la Superintendencia Bancaria, debo advertir que, en todo caso, la Constitución no le encomendó la función de regular o intervenir las tasas de interés. Y si esta fue la voluntad del Constituyente, no puede ahora la Corte desconocer dicho imperativo. Este es otro equívoco en que incurre la Sentencia de la cual me aparto, toda vez que los intereses que cobran los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, no son los indicados para la vigencia de la certificación que expida la Superintendencia, sino los que determina el mercado o, en su defecto, el Banco de la República cuando los fija expresamente.

28. En consecuencia, las mencionadas certificaciones solamente sirven como medio de prueba en el proceso penal (hay una tarifa legal), pero de ninguna manera pueden considerarse constitutivas, en sí mismas, de las tasas de interés. El Consejo de Estado, también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, señalando que sus funciones son únicamente como órgano de policía administrativa26, y que el acto de certificación es de los llamados por la doctrina extranjera, "acto positivo de comprobación" . Sobre el particular, sostuvo el Consejo de Estado:

“Por otra parte, la misma Superintendencia tiene actualmente la función de certificar la tasa de interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, para los fines del artículo 235 del Código Penal y el literal d) del numeral 6º del artículo 326 del Estatuto Financiero .

La certificación de la tasa de interés bancario corriente es un proceso que comienza con la recolección de la información financiera y contable sobre las operaciones activas de crédito de los establecimientos bancarios, seguido de la adopción de técnicas adecuadas de ponderación para analizar las tasas de interés en dichas operaciones y el examen de las mismas con sujeción a esas técnicas. El proceso concluye con la expedición de un acto administrativo que expresa la certificación de la tasa resultante de dicha investigación, en términos efectivos anuales.

Dicho acto es de los llamados por algunos autores extranjeros “acto positivo de comprobación”, en cuanto se limita a verificar de manera auténtica una situación y no proceda a ninguna modificación de los hechos demostrados. El criterio de la demostración, esto es, la recolección y ponderación técnica de la información, es la fuerza que da a la situación comprobada una importancia jurídica especial, independientemente de una declaración de voluntad, que ciertamente la hay pero encaminada a la comprobación de los hechos y no a sus consecuencias jurídicas, que están determinadas en la ley27.

Todo lo anterior me lleva a concluir que la norma acusada es constitucional, pero el condicionamiento no debió hacerse exigiendo una certificación previa de la Superintendencia Bancaria, pues al no tener dicha entidad competencia constitucional para regular las tasas de interés, mal podría permitírsele complementar el tipo penal (en blanco) de la usura.

Considero, entonces, que el requisito de preexistencia era predicable, o bien de la resolución expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, o bien de la regulación de intereses que determine el mercado, pero de ninguna manera de la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.

Fecha, ut supra.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 Cfr. Claus Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage. Verlag C.H. Beck. München 1994. Pág. 96, 97

2 Cfr. Tomas S. Vives Antón. Principios penales y dogmática penal. Conferencia publicada en: Memorias de las XX jornadas Internacionales de derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998. Pág. 352

3 Cfr. Hans Welzel. Studien zum System des Strafrechts. Publicado en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (ZStW). Achtundfünfzigster Band. Walter de Gruyter & Co. Berlin.1939. Págs.514 y ss, especialmente, págs. 516,517,518.

4 La critica mas importante que se ha formulado a la teoría de los tipos abiertos, la hizo Claus Roxin en Alemania en 1970, en su libro "Tipos abiertos y elementos del deber jurídico". Hay traducción al español, de Enrique Bacigalupo: "Teoria del Tipo Penal". Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Depalma. Buenos Aires 1979.

5 Cfr. Hans Welzel. Das Deutsche Strafrecht. 11 Auflage.Walter de Gruyter & Co.Berlin 1969. Págs. 23, 24, 31 y ss, 209.

6 Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Di Grundlagen und die Zurechnunslehre. 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin .New York. 1993. 7/36, pág. 201. En el mismo sentido, Diethard Zielinski: Vorsätzliches und Fahrlässiges Handeln. Trabajo publicado en kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe Alternativkommentare. Luchterhand, Darmstadt. 1990. 15/100, págs. 510, 511

7 Hans Welzel. Studien zum System des Strafrecht. Ob. Cit. Pág. 519

8 Cfr. Santiago Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal. Bosch Barcelona 1982. Pag. 47; Derecho Penal. Parte General. P.P.V. Barcelona 1990. Pag. 39. Sobre la delimitación de ámbitos de competencia en materia penal, entre el Estado Central y los Estados Federales en Alemania, ver: Reinhart Maurach – Heinz Zipf. Derecho Penal Parte General T. 1 Pág. 126, ss.

9 Cfr. Günther Jakobs Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechnngslehre. Ob. Cit. 4/47, pág 90

10 Cfr. Diego – Manuel Luzón Peña. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Editorial Universitas. Madrid. 1996. Pág. 151.

11 Cfr. Cury Urzúa Enrique, Contribución al estudio de las leyes penales en blanco. Publicado en Derecho Penal y Criminología, vol 1, Bogotá, 1978. Del mismo autor puede consultarse la obra "Derecho Penal" parte general, tomo I, 2ª edición. Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1992, pág. 151 y s.s. También: La ley penal en blanco, Temis, 1988.

12 Harro Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, Vierte Auflage, Walter de Gruyter, Berlín. New York. 1992. Pág. 18

13 Cfr. Enrique Cury. La ley Penal en blanco . Ob. Cit. Pág. 84

14 Cfr. Luis Jiménez de Asua. Tratado de Derecho Penal , Buenos Aires. Editorial Losada S.A., 1950, Tomo II, Filosofía y Ley Penal. 618 e), págs. 304, 305.

15 Cfr. Winfried Hassemer. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe Alternativkommentare. Luchterhand. Darmstadt. 1990. Pág. 146

16 Cfr. Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Monzano, Carlos Suárez González. Manual de Derecho Penal. Delitos Patrimoniales Económicos. Editorial Centro de Estudios. Ramón Arces S.A. Madrid 1993. Págs. 459, 460.

17 Roberto Salazar M. Comentarios a la ponencia sobre la intervención del Estado en las tasas de interés, presentada por Germán Botero de los Ríos, en Revista del Banco de la República, Volumen LIX, Bogotá, 1986, pág. 37-38.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero

21 Una importante crítica a las posiciones de la Corte, en lo relativo a la competencia del Congreso en materia de intereses, puede verse en: Néstor Humberto Martínez Neira, Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Legis Editores, Bogotá, 2000, pág. 159 y s.s.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1994 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

24 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

25 Salomón Kalmanovitz K. Los equilibrios macroeconómicos y el Banco Central: el caso colombiano. Artículo publicado en la revista del Banco de la República. Pág. 48

26 Consejo de Estado, Sentencia del 18 de septiembre de 1998. Expediente 8531 MP. Germán Ayala Mantilla.

27 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Consulta No 1276 del 5 de julio de 2000. MP. César Hoyos Salazar. Con salvamento parcial de voto de Flavio Augusto Rodríguez Arce, quien disiente –con notable agudeza- de la posición mayoritaria. En efecto, la Sala de Consulta considera que no hay límites a las tasas de intéres, cuando el Banco de la República no le fija topes al mercado.

{p}