

Sentencia C-225/09

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Tipifica conducta de omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo y modifica el tipo penal que sanciona el delito de omisión de control

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Inexistencia de relación de conexidad material con decreto que declaró el Estado de Emergencia/**DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE TIPIFICA LA CONDUCTA DE OMISION DE REPORTES SOBRE TRANSACCIONES EN EFECTIVO Y MODIFICA EL DELITO DE OMISION DE CONTROL**-No satisface juicio de conexidad material

Si bien el juicio de conexidad material ordena que las medidas adoptadas se refieran a la misma materia que justificó la declaratoria del estado de excepción y por tanto, la conexidad ha de ser definida por el objetivo de las medidas, que deben estar dirigidas exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y por la materia, que ha de tener una relación directa y específica con los temas de que trata la crisis a afrontar; no resultando aceptables constitucionalmente las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia inmediata y concreta con el estado de emergencia. En el presente caso, la Corte considera que, en aplicación de los requisitos precitados, las medidas adoptadas por el Decreto 4449 de 2008 no guardan conexidad material con los motivos por los cuales se declaró mediante Decreto 4333 de 2008 el estado de emergencia social, en la medida que las modificaciones al Código Penal se realizan respecto de materias que en estricto sentido son ajenas al delito de captación ilegal de recursos del público, al igual que la norma fracasa en los juicios de definición material de los bienes jurídicos y de la relación de conexidad respecto de los sujetos activos de los hechos punibles, pues los sujetos activos de las normas punitivas bajo examen no se limitan a las personas estrictamente relacionadas con la captación y recaudo ilegal sino que abarcan un grupo de individuos más amplio que no tiene contacto con el fenómeno que se intenta contrarrestar. Los medios extraordinarios han de

estar específicamente delineados para contrarrestar la anomalía que requirió de una respuesta urgente, la cual es, en la presente ocasión, la captación ilegal de recursos.

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Examen formal

EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL O ECOLOGICA-Facultades legislativas del Gobierno Nacional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE EMERGENCIA SOCIAL-Límites y alcances de competencia gubernamental

Los límites constitucionales al actuar del Gobierno se encuentran plasmados en varias fuentes: (i) el propio texto de la Carta, (ii) la Ley estatutaria de los estados de excepción, y (iii) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en especial los que por su función prevalecen en el orden interno en virtud del artículo 93 de la Carta

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS-Pasos metodológicos en juicio de constitucionalidad de medidas excepcionales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS-Condiciones a las que deben ajustarse los decretos de facultades legislativas excepcionales

La ley estatutaria de estados de excepción establece condiciones a las que deben ajustarse los decretos de facultades legislativas excepcionales, que

dan origen a los juicios de finalidad, motivación suficiente, necesidad, incompatibilidad, proporcionalidad, y de no discriminación.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE EMERGENCIA SOCIAL-Límites y alcances de competencia gubernamental para crear y modificar tipos penales y aumentar o disminuir penas

PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN CONMOCION INTERIOR-Facultad para tipificar conductas, aumentar o reducir penas y modificar disposiciones de procedimiento penal/**PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN CONMOCION INTERIOR**-Carácter temporal

La Corte se ha pronunciado acerca de medidas penales expedidas en situaciones de conmoción interior, dirigidas a conjurar situaciones críticas que atentan de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, y ha reconocido que la Ley Estatutaria establece explícitamente para el estado de conmoción interior, entre otras facultades, la competencia de tipificar penalmente conductas, aumentar o reducir penas, así como modificar disposiciones de procedimiento penal, indicando el carácter eminentemente temporal de las medidas expedidas en estados de conmoción interior, cuya vigencia culmina tan pronto finaliza dicho estado excepcional.

PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Alcance de la facultad del Gobierno para tipificar conductas y aumentar o reducir penas en ejercicio de atribuciones excepcionales/**PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL**-Potestad sujeta a parámetros constitucionales y estatutarios

Si bien los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución no establecen un tipo de medida específico para cada estado de excepción, y en ejercicio de las facultades excepcionales el ejecutivo puede adoptar aquellas que

resulten estrictamente necesarias para conjurar la crisis de que se trate, siendo de su resorte evaluar qué medida excepcional se requiere para restablecer el orden público, se colige que puede el Ejecutivo acudir al poder punitivo excepcional, pero siempre sometido a los límites constitucionales y estatutarios. Es así como el artículo 215 de la Constitución, al igual que los artículos 47 y 49 de la Ley estatutaria de estados de excepción establecen que el Gobierno puede dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, disposiciones que incluyen la posibilidad de crear o modificar tributos. Pero de ninguna manera excluyen otras medidas particulares que puedan ser adoptadas por el Gobierno para enfrentar la emergencia, por lo que resulta razonable que con el objetivo de hacer frente a un estado de excepción, como lo es la emergencia económica y social, el Gobierno Nacional disponga de un abanico amplio de medidas dentro de las cuales se incluya las medidas de orden penal; pero el hecho de que el Gobierno tenga facultades de establecer medidas penales durante el estado de emergencia económica, social o ecológica, no significa que tenga libertad absoluta acerca de la configuración, diseño y ejecución de dichos instrumentos, pues ni el legislador excepcional ni el legislador ordinario disponen de una potestad absoluta en la configuración de los tipos penales en materia del orden económico social, toda vez que se encuentran sujetos a los valores, principios y derechos constitucionales y particularmente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION-Régimen general/PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION-Limitaciones a la competencia del Gobierno en materia penal/PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Limitaciones a la competencia en materia penal

La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de las personas establecen unos límites a la potestad punitiva del Estado, siendo el núcleo esencial de los derechos fundamentales y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad los controles materiales para el ejercicio ordinario de la competencia punitiva. Respecto de los estados de excepción, la Constitución prevé una situación anómala en la que se faculta al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley y en protección del principio democrático, la Constitución condiciona y

restringe las competencias del ejecutivo en dichas situaciones excepcionales, mediante limitaciones que resultan de la aplicación de los requisitos de constitucionalidad establecidos para todos los decretos de excepción. Las limitaciones en materia punitiva aplicadas al estado de emergencia señalan: (i) que sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra el orden económico, social o ecológico; (ii) que en la descripción del comportamiento tipificado, deben tratarse las conductas que de manera directa perturben el orden económico, social y ecológico; y, (iii) que el sujeto activo, la conducta tipificada y el objeto protegido, deben estar en directa conexión con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, no siendo éstas todas las limitaciones establecidas en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción.

DECRETOS LEGISLATIVOS EN ESTADO DE

EMERGENCIA-Por regla general tienen vigencia permanente, a excepción de los de carácter tributario y penal, que tienen carácter transitorio/**DECRETOS LEGISLATIVOS EN ESTADO DE**

EMERGENCIA-Excepciones a la regla general sobre vigencia permanente/**PODER PUNITIVO EN ESTADO DE**

EMERGENCIA-Vigencia de las medidas adoptadas/**PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA**-Carácter

temporal/**RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL**-Impone límites a vigencia de medidas legislativas penales expedidas en estado de emergencia

El artículo 215 superior establece de manera literal que los decretos legislativos proferidos en la emergencia económica tienen vigencia permanente en el tiempo, a no ser que se trate de normas que establecen o modifican tributos, que pierden vigencia al término de la siguiente vigencia fiscal, a no ser que el Congreso durante el año siguiente, le otorgue carácter permanente. En relación con las demás medidas adoptadas para conjurar la crisis, el artículo 215 indica que éstas pueden ser modificadas o adicionadas por el Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de emergencia para las materias que son iniciativa del Gobierno, y en cualquier momento en las materias que son de iniciativa de los miembros del Congreso. Leída de manera aislada del resto del ordenamiento constitucional y estatutario, esta norma llevaría a concluir que durante el estado de emergencia social, económica y ecológica las medidas que se adopten en este estado de excepción no están sometidas a los mismos

límites materiales y temporales que se señalan para la conmoción interior y para la guerra exterior y, por lo tanto, salvo las medidas que crean o modifican tributos, todas las demás medidas que se adopten, incluidas las penales, no estarían sometidas a los límites expresos del artículo 44 de la Ley 137 de 1994 y tendrían carácter de permanencia a no ser que el Congreso las modifique o adicione, lo que conllevaría una facultad ilimitada del Gobierno para expedir medidas penales de carácter permanente, lectura que haría inocuo el esfuerzo plasmado en la ley estatutaria de estados de excepción por desarrollar controles y restricciones a las facultades que pueden ser ejercidas al amparo de los artículos 212 a 215 de la Carta. Si bien se evidencia ausencia de una previsión expresa que le imponga un límite temporal a las medidas punitivas que puedan ser adoptadas durante una emergencia social, económica y ecológica, otras disposiciones constitucionales sí establecen un límite temporal al ejercicio del poder punitivo en estados de excepción, y dicho límite temporal surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que rigen el principio de estricta legalidad penal que opera tanto en tiempos de normalidad como bajo estados de excepción, el cual no puede ser restringido de manera desproporcionada en situaciones de excepción.

PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Asignarle carácter permanente a normas penales adoptadas constituye una restricción desproporcionada del principio de estricta legalidad

DECRETO LEGISLATIVO DE CARACTER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Regla de adecuada limitación de la vigencia

En razón a que el límite de la vigencia de los decretos-ley punitivos no es explícita en el artículo 215 Superior y sobre el tema no existe una regulación legal estatutaria, la Corte, en ejercicio de su función de guardián de la Carta Política y en aras de deducir una regla de adecuada limitación, debe acudir a otras normas constitucionales, siendo la más próxima el mismo artículo 215 de la Carta, en lo relativo a la vigencia de las medidas tributarias expedidas en el estado de emergencia económica, social o ecológica, que como se ha señalado, la disposición establece que en el estado de emergencia referido el Gobierno “podrá, en forma

transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes”, y en cuanto a la vigencia de estas medidas tributarias, la norma constitucional dice que dichas “medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”. Así, las medidas de emergencia que creen o modifiquen tributos dejan de tener vigencia, si en un año el Congreso no las convalida. Esta regla constitucional da respuesta a un problema muy parecido al que se intenta solucionar en la presente ocasión, dado que en principio, los tributos nacionales sólo pueden ser establecidos por el legislador, el artículo 215 preserva dicha competencia en cabeza del Congreso en situaciones de excepción, pero permite que el Presidente responda a la urgencia estableciendo o modificando tributos con el fin de conjurar la crisis. Para que dichas reformas tributarias sean permanentes, se requiere que el Congreso confirme dichas medidas. En caso contrario, la medida del gobierno deja de tener validez, dada la ausencia de convalidación del ente legislador. Así, la Constitución resguarda la competencia legislativa de regular una materia en la que el principio democrático tiene mayor incidencia, pero concede al Gobierno un margen para regular temporalmente el asunto, dirigido a enfrentar situaciones de emergencia. Lo mismo puede decirse de las medidas punitivas expedidas en estados de emergencia económica, social o ecológica, frente a las que aplicando la misma regla, la creación o modificación de tipos, como también el cambio de penas, tendrán una vigencia de un año, a no ser que el Congreso decida que la norma ha de tener un carácter permanente. De esta manera, se asigna al principio de legalidad penal, la misma salvaguarda que explícitamente la Constitución concede al principio según el cual no ha de existir tributación sin representación. En consecuencia de esta interpretación del artículo 215, en los casos en los que el Gobierno, con el fin de hacerle frente a una emergencia económica, social o ecológica, expida normas que tipifiquen conductas, modifiquen tipos existentes, o aumenten las penas de delitos establecidos en la normatividad penal, habrá de acudir al Congreso de la República, para que este órgano le confiera carácter permanente a las reformas realizadas.

Referencia: expediente RE-140

Revisión constitucional del Decreto 4449 de 2008 “por el cual se adiciona y modifica el Código Penal.”

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA ELENA REALES
GUTIERREZ

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

ANTECEDENTES.

En cumplimiento de lo previsto en el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el día 25 de noviembre de 2008 el Presidente de la República, remitió a esta Corporación copia del Decreto Legislativo N° 4449 de 2008 “*por el cual se adiciona y modifica el Código Penal*” expedido el mismo día, para efectos de su revisión constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Fundamental.

Avocado el conocimiento por el entonces magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, éste ordenó mediante auto de doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008) oficiar al Secretario General de la Presidencia de la República, a fin de que, en trámite con las dependencias públicas pertinentes y dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esa providencia, remitiera a esta Corporación los sustentos probatorios y demás elementos

que justificaron las motivaciones y la expedición del Decreto 4449 de 2008, “*a la luz de los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, no discriminación y demás requisitos que señalan los artículos 2, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 46 y 47 de la Ley Estatutaria de Estados Excepción (Ley 137 de 1994)*”.

En el mismo auto también se ofició al Ministro del Interior y de Justicia y al Fiscal General de la Nación para que en el término de tres (3) días sustentaran su posición respecto de la compatibilidad del decreto con la Constitución y la Ley 137 de 1994.

Por último, se ordenó que una vez vencido el término anterior el proceso fuese fijado en lista de la Secretaría General por el término de cinco (5) días, con el fin de permitir a los ciudadanos defender o impugnar el Decreto referido en los términos del artículo 37 del Decreto 2067 de 1991.

Vencido el período probatorio respectivo, se ordenó dar traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente.

Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del decreto sometido a su revisión.

TEXTO DEL DECRETO

El siguiente es el texto del Decreto No. 4449 del 25 de noviembre de 2008, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47.184

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

DECRETO NÚMERO 4449 DE 2008

Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal

EL PRESIDENTE DE LA República DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución

Política en concordancia con la ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el

Decreto 4333 de 2008

CONSIDERANDO

Que es necesario proferir disposiciones para conjurar la Emergencia declarada mediante el Decreto No. 4333 de 2008.

Que la posesión, movilización y almacenamiento de recursos en efectivo sin el respectivo reporte a las autoridades competentes, por parte de quienes están obligados a hacerlo, son comportamientos que suelen concurrir en la comisión de conductas punibles referidas a la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal, y que en consecuencia se hace necesario tipificar, para personas obligadas a reportar, diferentes a los empleados o administradores de instituciones financieras, la falta de reporte como conducta sancionable desde el punto de vista penal y aumentar las penas para quienes incurran en el delito de omisión de control.

DECRETA:

ARTICULO 1. *El artículo 325 de la Ley 599 de 2000 quedará así:*

Omisión de control. El empleado o administrador de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa

sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 2. *Adicionase el artículo 325A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

"325A. OMISIÓN DE REPORTES SOBRE TRANSACCIONES EN EFECTIVO, MOVILIZACIÓN O ALMACENAMIENTO DE DINERO EN EFECTIVO. *El que, estando obligado a hacerlo, de conformidad con el ordenamiento jurídico, deliberadamente omita el cumplimiento de los reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de empleados o administradores de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325 del presente Capítulo."

ARTICULO 3. *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.*

PUBLIQUESE y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 25 Nov 2008

INTERVENCIONES Y PRUEBAS RECIBIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Intervención de la Presidencia de la República

Por medio de oficio OPC-295 de 2008, en representación de la Presidencia de la República, intervino en el proceso la asesora de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República María del Pilar Sáchica Méndez, apoderada debidamente por el Secretario Jurídico de dicha entidad. En su intervención, la abogada solicitó a la Corte la declaración de exequibilidad de las disposiciones en estudio. Sus argumentos se resumen a continuación:

1.1. La abogada describe de manera general los antecedentes y los objetivos del Decreto 4449 de 2008. Indica que la medida está encaminada a *“conjurar la crisis social”* provocada por la *“reciente proliferación”* o *“explosión”* de las actividades criminales de captación y recaudo ilegal de recursos, y hace parte de una serie de instrumentos creados a partir de la declaración del estado de emergencia social que buscan prevenir una *“inminente crisis social”*. Señala que el Decreto 4449 de 2008 tiene el objetivo de *“conjurar”* la crisis desencadenada por *“quienes sin autorización legal, se dedicaron a captar o recaudar recursos del público defraudando a los ciudadanos [...]”* modificando las sanciones penales por la omisión de control de transacciones, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo. Específicamente, la asesora de la Secretaría Jurídica afirma que las normas bajo análisis buscan *“ajustar las consecuencias punitivas de este comportamiento”* y de esta manera *“fortalec[er] los esquemas de reporte sobre transacciones y manejo de efectivo que establezca la Unidad de Información y Análisis Financiero, respecto de algunos sectores, como soporte básico de las políticas de lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo [...]”*

Sostiene que *“los bienes jurídicos que se protegen al sancionar la conducta de la captación ilegal son el ahorro público, la confianza pública en el sistema financiero y por consiguiente el sistema mismo.”* Ello busca la protección de *“intereses jurídicos [...] como lo son el orden económico y social, el sistema financiero, y el patrimonio económico, y en consecuencia, exige un tratamiento normativo que imponga sanciones proporcionales al grave daño que esta conducta ocasiona.”*

Señala que las actividades de captación y recaudo ilegal de recursos funcionan a través de sofisticadas estructuras criminales, que para evitar la *“trazabilidad”*, el *“rastreo documental”* y la *“constitución de la prueba”*, manejan clandestinamente altas cantidades de dinero en efectivo. Por ello,

considera que es *“indispensable e imperioso adoptar medidas con el objeto de reflejar en la legislación penal el grado de afectación que todas estas conductas que se relacionan con”* el manejo de recursos en efectivo, asegurando *“mayor eficacia de la acción penal, en la medida en que se actúa sobre todo el fenómeno y no exclusivamente sobre la captación masiva y habitual.”*

De manera específica, la abogada de la Presidencia afirma que la normatividad penal ordinaria en la materia *“se aplicaba a unos sujetos determinados 'los empleados o directores de las instituciones financieras y las cooperativas que ejercen actividades de ahorro y crédito' y las penas resultaban en cierta forma 'irrisorias' ”*. Por ello, *“era de la mayor importancia que el Estado colombiano endureciera las consecuencias de realizar dichas actividades, buscando desestimularlas en forma contundente. [...] El endurecimiento de la sanción imponible no podía limitarse a aumentar el tiempo de la pena, sino que debía propender por garantizar que la sanción cumple efectivamente su objetivo de desestímulo de la conducta, por lo cual la sanción debía ser de aquellas que excluyen la posibilidad de aplicación de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, o beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena.”*

En su opinión, lo anterior llevó al Gobierno a, de una parte, aumentar la pena impuesta para el delito de “omisión de control”, y de otra parte, *“crear un nuevo tipo penal”* ampliando el sujeto activo, no sólo a los empleados o directores de instituciones financieras, sino a otras personas que en la actualidad tienen el deber de reportar las transacciones en efectivo, que incluyen *“al sector de juegos de suerte y azar, notarios, profesionales de compra y venta de divisas, [...] intermediarios de la función aduanera, empresas de transporte de valores [...]”*. Respecto de la primera de estas medidas, señala que *“el incremento de la pena por un lado desestimula la comisión de esta conducta punible y con ello las actuaciones del Estado se dirigen no sólo a erradicar la acumulación de capital mal habido, sino también desestimular y prevenir la comisión de acciones que lesionan a la sociedad.”* Acerca de la tipificación de una nueva conducta penal “con sujeto activo indeterminado” la interviniente afirma que ésta *“obliga a personas de sectores de la economía que pueden ser utilizados para canalizar recursos productos de actividades relacionadas con el lavado de activos y la financiación del terrorismo a realizar el reporte de transacciones en efectivo a la UIAF, con lo cual el*

Gobierno contaría con un insumo valioso para detectar eventuales operaciones sospechosas y tomar las medidas a que haya lugar.”

1.2. La interviniente describe las razones por las que el Decreto 4449 de 2008 cumple con los requisitos establecidos en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción.

- Afirma que las disposiciones analizadas cumplen con el principio de finalidad, pues, éstas buscan atacar *“el manejo de grandes cantidades en efectivo”* que es característica de las actividades de captación y recaudo ilegal.

- No se vulnera el principio de necesidad, pues para *“combatir la situación que motivó la declaratoria mencionada”* es necesario *“tipificar la falta de reporte de transacciones en efectivo”*. Esto, *“al contar con personas que se pueden encontrar dentro de la cadena delincriminal en diversas actividades, tales como la posesión, movilización y almacenamiento de los recursos en efectivo fruto de la captación ilegal y sin reportarlos a las autoridades competentes.”* La intervención remite en este punto a las consideraciones del decreto 4449 de 2008 referido.

- Indica que el principio de incompatibilidad no aplica en el caso presente, pues *“la norma en comento no está suspendiendo ninguna ley, sino que tiene por finalidad adicionar y modificar un artículo del código penal.”*

-En relación al principio de proporcionalidad, la abogada de la secretaría jurídica de la Presidencia, aporta los mismos argumentos resumidos en párrafos anteriores, sin realizar un análisis de la relación entre las limitaciones a los derechos o libertades provocadas por el Decreto estudiado, y la gravedad de los hechos que se buscan conjurar.

- Estima que el principio de no discriminación” no aplica en este caso ya que *“analizado el decreto, no se advierte que su contenido incurra en alguna de las discriminación.”*

-Por último, sostiene que los mecanismos penales ordinarios son insuficientes para enfrentar la crisis descrita, pues *“se ha evidenciado de diferentes formas que mediante poderes ordinarios del Estado se hacía imposible el mantenimiento de la normalidad.”* La abogada remite a la Corte al documento enviado por el Superintendente Financiero, el cual será resumido en el apartado III.4. Concluye que *“con el nuevo tipo penal se complementan los instrumentos del Estado para detectar la captación ilegal y otras actividades ilícitas como el lavado de activos.”*

Oficio 28465 de la Unidad de Información y Análisis Financiero del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En la intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, se anexó el oficio 28465 de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suscrito por Marta Lucía Rojas Lara, Jefe de la Oficina Jurídica de dicha Unidad. Según el oficio referido, la UIAF participó en la *“estructuración”* del Decreto 4449 de 2008, y por ende, el documento *“transcribe la justificación, finalidad y necesidad de la norma referenciada.”*

La abogada señala que *“es necesario consolidar el cumplimiento diligente [...] de los reportes sobre operaciones en efectivo a la UIAF [...]”* Esto, pues *“es a partir del reporte que emiten los sujetos obligados que se activan los mecanismos de detección, control e investigación del lavado de activos y la financiación del terrorismo.”* Por estas razones la UIAF ha ampliado el número de personas que tienen la obligación de realizar los reportes de transacciones en efectivo, incluyendo entre otras, a todos los sujetos vigilados por la Superintendencia Financiera, a las empresas transportados de valores, y a las cooperativas que ejercen la actividad financiera. En el mismo sentido, la UIAF dentro de sus competencias ha impuesto a una serie de empresas particulares la obligación de realizar los mencionados reportes. El oficio aporta una lista de estas sociedades, dentro de las que se encuentran el Grupo DMG S.A., la

sociedad Proyecciones DRFE, y otras personas jurídicas intervenidas con fundamento en los Decretos expedidos el 25 de noviembre de 2008 en virtud del estado de emergencia social. No obstante, según el oficio, es también de la mayor importancia obligar a realizar efectivamente los reportes mencionados “*reprimiendo penalmente*” a los sujetos obligados a ello que no lo hagan. Es justamente este el objetivo del artículo 2° del Decreto 4449 de 2008.

Así, aunque “existen [...] controles, medidas y sanciones administrativas hasta cierto punto eficientes, que comprometen a los particulares y les imponen una carga de diligencia y responsabilidad materializada entre otros aspectos en los reportes que deben enviar a la UIAF, la norma propuesta tiene como fin teleológico abarcar no sólo a los sectores financieros y cooperativas que ya se encuentran incluidos en el artículo 325 de la Ley 599 de 2000, sino además a los sujetos pertenecientes a todos los sectores económicos que se encuentran legalmente obligados a reportar a la UIAF operaciones en efectivo. || Esta medida busca además desestimular las operaciones que involucren pagos de dinero en efectivo en la economía, con la concomitante consecuencia que se tienda que canalizar el efectivo a través de un sistema supervisado como el financiero o solidario, cerrando así algunas de las brechas que actualmente están siendo utilizadas por la delincuencia como amplios corredores ilegales que involucran manejo en efectivo de dinero ilícitos.”

Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El Viceministro de Justicia Gilberto Orozco Orozco, intervino ante la Corte Constitucional para solicitar la declaración de exequibilidad del Decreto referido.

Señala que la emergencia fue declarada dada “*la proliferación desbordada de modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público bajo sofisticados sistemas que dificultaban la intervención de las autoridades y que generaban en el público falsas expectativas de beneficios [...], hechos que condujeron a una precaria situación económica de las personas afectadas y a una amenaza de perturbación grave del orden social.*”

Indica que las medidas establecidas en el Decreto 4449 de 2008, buscan “prevenir el lavado de activos, [...] que se configura cuando se desarrolla cualquier tipo de acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o activos que se incorporan a la economía nacional luego del ejercicio de diversas conductas punibles.” Esta en su opinión es una “política criminal dirigida a conjurar los daños o ataques graves a los bienes jurídicos, [...] y una reacción oportuna” dirigida a la protección de “bienes jurídicos [...] de raigambre constitucional” como los son “el orden económico y social.”

Es por esto que en su entender “el Gobierno Nacional, con anterioridad a la expedición del decreto que declaró la emergencia, había presentado al Congreso el proyecto de ley número 154 de 2008 Senado, por la cual se proponía la creación del delito de omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización y almacenamiento de dinero en efectivo como medida complementaria de la modificación del tipo penal de captación masiva y habitual de dineros.” Por esta razón, “se estimó necesario ampliar el espectro de sujetos obligados al reporte de transacciones en efectivo, utilizando la permanente identificación de nuevas tipologías de lavado de activos por parte de la [...] UIAF”

Añade en cuanto al artículo 325 del Código Penal que el “cambio al tipo relacionado con el sujeto activo cualificado de la conducta se introdujo porque se logró establecer que un gran número de oficinas dedicadas a diversas actividades financieras no están supervisadas y manejadas por un director para cada una de sus sucursales; sin embargo cuentan con administradores que deben reportar los pormenores de las actividades propias de su objeto social a sus jefes o directores.”

Intervención de la Fiscalía General de la Nación

Por último intervino en el proceso el Fiscal General de la Nación Mario Germán Iguarán Arana solicitando a la Corte que se declaren exequible el Decreto 4449 de 2008. El Fiscal argumenta que las medidas “guardan conexidad con los hechos materiales que dieron

origen a la declaratoria de emergencia social y se advierten como un medio proporcional y efectivo, encaminado a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.”

En su opinión, “el aumento de las penas para el delito de omisión de control [...] y la creación del tipo penal de omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo son medidas que están encaminadas a conjurar el estado de anormalidad económica [...] e impiden que los hechos generadores sigan ocurriendo.” En concreto, “el aumento punitivo dispuesto busca un efecto disuasorio, en términos de prevención general, ya que la conducta descrita en el tipo penal de omisión de control busca prevenir el lavado de activos al criminalizar la evasión de controles establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo.” En el mismo sentido, “al elevar a categoría de delito la omisión de reporte de información a la [...] UIAF para transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, en los términos que dispone el ordenamiento jurídico, se amplía el espectro de prevención para el ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de recursos, en la medida que se incluye a todas aquellas personas que no siendo empleados o administradores de instituciones financieras omitan tales reportes.”

Por último, estima el Fiscal que el Decreto 4449 revisado es proporcional *“con la gravedad de la situación que se busca remediar en el corto plazo”*. Fundamenta dicha afirmación citando el párrafo considerando del Decreto.

4. Oficio 811407 de 2008 del Superintendente Financiero (e)

La Corte también considera como material probatorio, el oficio 811407 de 2008 enviado por el Superintendente Financiero (e) Roberto Borrás Polanía, como respuesta al Auto de 25 de noviembre de 2008 en el proceso de constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social. A continuación se describen los

aportes de dicha intervención que tienen relevancia para la solución del presente proceso.

4.1. El Superintendente Financiero señala que desde el año 2005 se han realizado 54 investigaciones administrativas contra presuntos captadores ilegales. Al respecto, presenta cuadros anuales que muestran listas de eventuales captadores ilegales. Éstas incluyen 21 investigaciones para el año 2005, siete para el año 2006, once para el 2007 y quince para el 2008. A su vez, según el informe, estas investigaciones resultaron en 49 casos en los que se demostró que no se presentaba captación ilegal, *“al amparo de la regulación vigente para la época de los hechos”*, y *“5 situaciones en las se demostró la existencia de las causales de captación [...]”*. A su vez, en dichas cinco situaciones, la Superintendencia emitió sendas resoluciones adoptando las medidas cautelares del caso. El Superintendente aporta un cuadro con los mencionados casos, que incluyen una resolución para el año 2006, una para el año 2007 y tres para el 2008. El funcionario también indica que *“antes de la expedición de las medidas de emergencia teníamos conocimiento de 182 presuntos captadores en relación con los cuales la evidencia atendible era precaria y mínima [...]”*

4.2. De otra parte, el Superintendente Financiero señala que la razón por la cual los mecanismos ordinarios eran insuficientes para hacer frente a la captación ilegal, es la utilización de *“sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades”*. Precisa lo anterior afirmando que *“dada la presunción de inocencia y garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa de la persona natural o jurídica objeto de la investigación, la Superintendencia Financiera no estaba en capacidad de actuar en forma más rápida, sino en la medida en que pudiera probar cada uno de los supuestos normativos de la captación ilegal necesarios, tal como lo tipifica el Decreto 1981 de 1988 para determinar el delito de captación masiva de dineros contemplado en el entonces artículo 316 del Código Penal.”* Para ello, de acuerdo a la normatividad vigente, se hacía *“necesario construir un acervo probatorio complejo destinado a establecer [...] (i) la prueba suficiente de la existencia de obligaciones objeto de captación masiva y habitual, (ii) la naturaleza de los negocios jurídicos celebrados por el investigado, (iii) la situación patrimonial del posible captador a través de una análisis financiero confiable, y (iv) la expedición de un acto administrativo sólido y debidamente soportado.”*

4.3. Las actividades de captación ilegal de recursos del público se realizan por medio de instrumentos “*sofisticados*” dirigidos a “*ocultar el carácter ilegal de sus actuaciones*”. Estos instrumentos pueden ser de “*tipo legal (...)*”, de acuerdo a los cuales los captadores ilegales se dan a la tarea de dar el ropaje de legalidad a los distintos arreglos contractuales en que fundamentan la operación” lo cual incluye “*la constitución de sociedades regulares que dan apariencia de legalidad y/o soporte legal a las personas jurídicas que adelantan actividades ilícitas o de sociedades con objeto social ampliamente variado [...], se suscriben contratos de toda naturaleza, mediante los cuales se ocultaba o se pretendía justificar la operación de recursos mediante supuestas ventas de bienes o servicios, supuestos contratos de cuentas de participación de proyectos, aparentes ventas multinivel, las cuales todas constituían una ficción jurídica y económica del negocio que pretendían mostrar frente al público y a las autoridades.*” Igualmente, el Superintendente señala que en muchos casos es difícil encontrar evidencias documentales, pues muchas transacciones se realizan de manera informal, sin dejar rastro escrito.

Los instrumentos mencionados también son de tipo tecnológico, pues los captadores utilizan sistemas de software que dificultan la identificación de las actividades realizadas, los sujetos que las ejecutan, o la manera que éstas se llevan a cabo.

4.4. El funcionario pasa a describir la manera como la Superintendencia Financiera intentó investigar varias sociedades acusadas de captación ilegal de recursos del público. En dichas investigaciones se observa cómo la Superintendencia utilizó diferentes mecanismos, tales como la visita personal, el análisis de documentos, la filtración de información, y el llamamiento a declarar de varios miembros de las empresas investigadas.

4.5. Adicionalmente el Superintendente argumenta la compatibilidad de las medidas establecidas en el Decreto 4449 de 2008 con la declaración del estado de emergencia ofreciendo los mismos argumentos que los aportados por la Presidencia de la República.

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIO

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, rindió concepto de rigor solicitando que la Corte declare exequible el Decreto 4449 de 2008. A continuación se resumen sus argumentos:

1. En cuanto al examen de los requisitos formales del Decreto, estima que éstos se respetan. Afirma que *“la Constitución no exige para la expedición de los decretos encaminados a conjurar una emergencia decretada bajo el amparo del artículo 215 de la Carta, requisitos formales distintos de la invocación del fundamento constitucional y fáctico en la motivación del acto jurídico, y la formalidad de la firma del Presidente de la República y la de todos los Ministros”*.

Añade que *“en los casos de los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo y de Comunicaciones, suscriben el decreto [...] los respectivos Viceministros en su calidad de encargados de las funciones ministeriales, sin que para dicho efecto se aporte prueba alguna; sin embargo, el Ministerio Público presume la existencia de los respectivos actos administrativos, y de su contenido y autenticidad, dado que el documento fue remitido a la Corte Constitucional por el Presidente de la República.”*

2. Dentro del examen del contenido material del Decreto bajo análisis, el concepto del Ministerio Público indica que *“teniendo en cuenta que el juicio sobre la oportunidad y conveniencia de las medidas adoptadas en la normatividad en estudio es de carácter político y, por lo mismo, de competencia exclusiva del Congreso de la República, [...] entre el Decreto 4449 de 2008 y la disposición que le sirve de fundamento, ello es, el Decreto 4333 de 2008, existe una relación de conexidad tanto interna como externa, dada su relación temática, sistemática y finalística y, [...] las medidas adoptadas no subvierten principios, derechos y valores de orden constitucional que le es dable respetar al legislador extraordinario en el marco del Estado de Derecho.”* Los fundamentos de la vista fiscal son:

2.1. Las medidas adoptadas “*guardan conexidad directa con el propósito de impedir la extensión de los efectos generados por el ejercicio ilegal de la actividad financiera*” pues con éstas “*se reduce la posibilidad de desviar los recursos y de eludir el control al lavado de activos y a la captación ilegal de dineros del público de manera masiva y habitual.*” En su opinión, “*tales disposiciones penales contribuyen a la eliminación de factores de riesgo, en cuanto con el cumplimiento del deber de información se impide la extensión del delito en el tiempo, generándose un menor impacto social con mayores posibilidades de recuperación de los recursos invertidos; esto por cuanto, con la información debida, la acción de las autoridades encargadas de perseguir el delito puede ser más oportuna y eficaz.*”

En este sentido, el artículo 1º del Decreto 4449 de 2008 “*genera un efecto persuasivo y de mayor impacto sancionatorio – en aplicación del principio de prevención- dentro de la política criminal del Estado que apunta a la disminución y eliminación del delito.*” A su vez, el artículo segundo del Decreto “*está dirigido a reprimir una conducta de encubrimiento cual es la de omitir los reportes a los cuales se está obligado por norma jurídica a la UIAF.*”

Existe conexidad entre los decretos 4449 y 4333 de 2008, pues “*en la parte motiva de éste se hace expresa mención a la proliferación de distintas modalidades de captación de recursos del público por fuera del marco legal y al grave riesgo y amenaza, ya que los captadores no ofrecen las garantías y seguridades propias de las actividad financiera, haciéndose necesaria la adopción de medidas y mecanismos ágiles para contrarrestar las aludidas prácticas desarticulando las redes organizadoras al servicio de esos propósitos y, eliminando el encubrimiento ya que al omitirse deliberadamente, por parte de las personas obligadas al suministro de informaciones y reportes, éstas contribuyen a la consumación del delito.*” Para el efecto, el Ministerio Público cita las consideraciones del decreto declarativo de la emergencia social.

Añade que “*la reforma evidencia un ajuste de las medidas punitivas a las circunstancias y hechos acaecidos, a través de la modificación del ordenamiento penal contenido en una ley ordinaria a efecto de que el mismo contribuya al propósito de erradicar el delito de captación masiva y habitual de recursos del público.*”

Además, afirma que las medidas adoptadas están dirigidas a “*contrarrestar los efectos que generó la captación masiva e ilegal de recursos del público*”.

2.2. Las medidas son “*idóneas y proporcionales al fin que con ellas se persigue, su necesidad es evidente y con su adopción no se exceden los límites constitucionalmente impuestos*”.

En cuanto a la necesidad de la medida, la Procuraduría considera que ésta se respeta pues “*la práctica ilegal de captación de recursos del público en forma habitual [...], tiene la potencialidad de atentar de manera grave e inminente contra la estabilidad institucional, el orden económico y social del Estado y la convivencia ciudadana. [...] [L]a utilización de la potestad punitiva [...] constituye una medida necesaria para el restablecimiento del orden económico y social en las zonas afectadas por el ejercicio ilegal de la actividad financiera.*”

Las medidas adoptadas son “*urgentes*”, pues “*la descomposición social y la desintegración del núcleo familiar que se originan en la falta de eficacia de los instrumentos sancionatorios previstos en la legislación ordinaria, la que es posible modificar bajo los estado de emergencia [...].*”

De otra parte, la vista fiscal afirma que el aumento de la pena y la creación de un tipo penal no contravienen la Constitución “*puesto que en los estados de emergencia es posible, a través de los decretos legislativos, modificar estatutos legales de carácter ordinario.*”

2.3. Considera que las medidas son proporcionales, pues éstas “*además de constituir un medio idóneo para la persecución y eliminación del delito financiero, contribuyen al mantenimiento y restablecimiento del orden social [y] se implementan a través de las autoridades judiciales legítimamente constituidas para la investigación y el juzgamiento penal en el Estado Social de Derecho [...].*”

Concretamente, respecto de la proporcionalidad del Decreto 4449 de 2008, el Procurador estima que *“las imposiciones de los artículos 325 y 325A del Código Penal, en los términos del Decreto 4336 de 2008, no constituyen para las personas que aparecen como destinatarios o sujetos pasivos del delito, cargas públicas adicionales a las ya existentes en materia de sometimiento al ordenamiento punitivo, ni modifican los derechos y garantías de los investigados, consagrados en la legislación ordinaria; por esto, en cuanto se mantienen los principios constitucionales de presunción de inocencia y debido proceso, los principios rectores del sistema penal y en general, las garantías procesales, las medidas que se contienen en la normativa en estudio no exceden las facultades otorgadas por la Constitución Política al legislador extraordinario y se producen al amparo del interés general que subyace en la declaratoria de la emergencia social [...]”*.

Dada la emergencia social descrita, *“se advierte, además de una dosificación proporcional de los hechos que sirven de fundamento a tales medidas [sic], la existencia de una conexidad interna entre las consideraciones hinciales de la emergencia y el contenido de las disposiciones relativas a la modificación y ampliación de los tipos penales que se encuentran en íntima relación con el delito de captación masiva y habitual de dineros del público.”*

Indica que debido a que las medidas bajo análisis *“se centran en el aumento de la pena de prisión y la introducción de un nuevo tipo penal autónomo, para cuyo efecto quien funge como legislador[...] tiene la facultad configurativa de las normas punitivas con sujeción a la política criminal del Estado, las mismas no contienen restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales”*.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 215 de la Constitución, según lo dispuesto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Política.

Examen formal del Decreto 4449 de 2008

En cuanto a los requisitos formales que el decreto legislativo revisado debe cumplir, la Corte observa que el Decreto 4449 de 2008: 1) se dictó en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008, que declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional; 2) está firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros, bien sea como ministros titulares o encargados de una o varias carteras, o por funcionarios encargados de las funciones de dirección de un ministerio 3) Tiene una parte motiva que refiere brevemente a la necesidad de conjurar la emergencia social declarada mediante Decreto 4333 de 2008 y versa sobre la justificación del establecimiento de un nuevo tipo penal para sancionar la omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo y el aumento del tipo penal que sanciona el delito de omisión de control; y 4) fue expedido el 25 de noviembre de 2008, es decir, dentro del término de los treinta (30) días de vigencia del Estado de Emergencia Social declarado por el Decreto 4333 de 2008.

En conclusión, el decreto es constitucional por este aspecto.

Examen material del Decreto 4449 de 2008

Problema jurídico a resolver en la presente ocasión

El Decreto 4449 de 2008 modifica la normatividad penal en lo relacionado con los delitos de omisión de control de las transacciones en efectivo. En

primer lugar, modifica el sujeto activo del delito de omisión de control establecido en el artículo 325 de la Ley 599 de 200, al pasar del *“empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito”* al *“empleado o administrador de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito”*.

Segundo, el Decreto 4449 de 2008 aumenta la pena de prisión dispuesta en el artículo 325 mencionado, pues de *“treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”* se pasa a *“treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses”*.

Tercero, el Decreto bajo análisis establece un nuevo tipo penal de *“omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo”*, que impone las mismas penas que el artículo 325 modificado, a todo aquel que *“estando obligado a hacerlo, de conformidad con el ordenamiento jurídico, deliberadamente omite el cumplimiento de los reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo.*

Corresponde a esta Corporación resolver si las normas penales descritas, promulgadas por el Presidente de la República en virtud de la emergencia social declarada por medio del Decreto 4333 de 2008, se ajustan a la Constitución y a la Ley estatutaria que regula los estados de excepción (Ley 137 de 1994).

Para examinar las medidas descritas, la Corte (i) describirá la jurisprudencia de la Corte respecto de los requisitos de constitucionalidad de los decretos que establecen medidas para confrontar una emergencia económica, social o ecológica, (ii) analizará los requisitos específicos aplicables a los decretos de emergencia que modifican la normatividad penal, y (iii) aplicará los requisitos anteriores al Decreto 4449 de 2008.

Marco del ejercicio de las facultades legislativas por parte del Gobierno durante el estado de emergencia económica, social o ecológica.

En varias ocasiones, la Corte ha revisado decretos encaminados a superar estados de emergencia económica, social o ecológica. Con base en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y teniendo en cuenta la jurisprudencia en la materia, a continuación se realiza un resumen de los requisitos que deben cumplir los decretos legislativos dictados al amparo de dicha emergencia.

Como lo ha señalado esta Corporación, únicamente dentro del respeto a los principios del constitucionalismo se puede entender como legítima la utilización de los poderes excepcionales en cabeza del Ejecutivo. Los límites constitucionales al actuar del Gobierno se encuentran plasmados en varias fuentes: (i) el propio texto de la Carta, (ii) la Ley estatutaria de los estados de excepción, y (iii) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en especial los que por su función prevalecen en el orden interno en virtud del artículo 93 de la Carta. En la presente sentencia, procedemos, a resumir los pasos metodológicos que han de realizarse en un juicio de constitucionalidad de medidas excepcionales:

2.2.1. El *juicio de conexidad material* que estudia si las medidas adoptadas se refieren a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria del estado de excepción. Este juicio lo establece expresamente el artículo 215 de la Carta y ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción. Específicamente respecto de las medidas concebidas en un estado de emergencia económica y social, la conexidad puede ser definida de acuerdo a dos elementos:

- (i) las medidas han de estar dirigidas *exclusivamente* a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. De esta manera, el objetivo de las medidas únicamente ha de ser el de superar la emergencia por la que se declaró la excepción. No es admisible una medida que tenga otras finalidades

(ii) En cuanto a la materia sobre la cual tratan las medidas adoptadas, ésta ha de tener una relación ***directa y específica*** con los temas de que trata la crisis que se intenta afrontar. No son aceptables las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia de causalidad inmediata (en términos causales) y concreta con el asunto pro el cual se declaró la emergencia

2.2.2. Un ***juicio de ausencia de arbitrariedad***, consistente en establecer si la medida adoptada desconoce alguna de las prohibiciones expresamente establecidas en la Constitución para el ejercicio de las facultades excepcionales.

2.2.3. Un ***juicio de intangibilidad*** orientado a verificar si la medida adoptada respeta los derechos intangibles cuyo núcleo esencial es intocable, según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales y la Ley estatutaria de los estados de excepción.

2.2.4. Un ***juicio de no contradicción específica***, de acuerdo al cual se analiza si las medidas del Ejecutivo están dentro de los demás límites que establecen la Constitución y los tratados internacionales durante la vigencia de un estado de excepción. Específicamente respecto de las situaciones de emergencia económica, social o ecológica, el gobierno tiene las facultades enunciadas en los artículos 47 y 49 de la Ley 137 de 199-. A su vez, la constitucionalidad del ejercicio de tales facultades depende de que no exista una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales. Ello se aprecia en cada caso teniendo en cuenta que un estado de excepción permite excepciones a las reglas generales siempre que no se afecten los límites anteriormente señalados.

Tras cumplir los requisitos anteriores, que “*versan únicamente sobre violaciones groseras de la Constitución*”, los decretos de facultades legislativas excepcionales han de ajustarse a las condiciones establecidas en los artículos 8, y 10 a 14 de la Ley estatutaria de estados de excepción. Estas corresponden a los siguientes juicios:

2.2.5. El **juicio de finalidad**, dirigido a verificar que cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos esté “*directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos*” (artículo 10 de la Ley 137 de 1994).

2.2.6. El **juicio de motivación suficiente**, dirigido a constatar que el gobierno haya apreciado “*los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales*” y expresado razones suficientes para justificar tales limitaciones (artículo 8 de la Ley 137 de 1994).

2.2.7. El **juicio de necesidad**, según el cual las medidas adoptadas han de ser “*necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción*” (artículo 11 de la Ley 137 de 1994). Según lo ha establecido la Corte, “*este juicio versa sobre la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo. [...] [C]omprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente [...] incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas [...] son necesarias para superar las causas de la crisis [...] o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional*”

2.2.8. Un **juicio de incompatibilidad**, mediante el cual se verifica si el Gobierno Nacional ha expresado “*las razones*” por las cuales las normas ordinarias suspendidas “*son incompatibles con el correspondiente estado de excepción*” (artículo 12 de la Ley 137 de 1994).

2.2.9. Un **juicio de proporcionalidad**, dirigido a examinar si las medidas adoptadas durante el estado de excepción son

excesivas. Las medidas han de “*guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar*” y a las limitaciones que se impongan al ejercicio de los derechos y libertades “*sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad*” (artículo 13 de la Ley 137 de 1994). A su vez, de acuerdo a la norma citada, el análisis de proporcionalidad cuenta con dos juicios diferentes. El primero de ellos, consiste en estudiar la relación entre los costos de la medida adoptada en términos de limitaciones de intereses constitucionales y la gravedad de los hechos que busca conjurar. Por ejemplo, no sería aceptable la creación de un instrumento excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales con el fin de contrarrestar marginalmente la crisis. El segundo juicio verifica que no existe una restricción innecesaria de los derechos, dado que esta limitación “*sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad.*” Por ejemplo, si existen un medio exceptivo menos lesivo en cuanto a las limitaciones a los derechos, y a la vez, igual o más efectivo que la medida escogida, ésta última sería desproporcionada y por ende inexecutable. La Corte ha establecido que el principio de proporcionalidad “*es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción.* (...).

2.2.10. Un **juicio de no discriminación**, que estudia que las medidas no son discriminatorias por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (artículo 14 de la Ley 137 de 1994). Así, el derecho a la igualdad mantiene su vigencia durante un estado de excepción.

Ahora bien, la Corte ha establecido que “*cuando una disposición contraviene prima facie algunos de los límites mencionados, es decir, cuando a primera vista no pasa uno de los juicios enunciados, la Corte, sin seguir necesariamente cada uno de los pasos metodológicos sintetizados anteriormente, declara la inexecutable de la norma correspondiente.*

Hasta acá la descripción de los requisitos que *in generi* han de ser aplicados para el estudio de constitucionalidad de las medidas expedidas en medio de un estado de emergencia económica, social o ecológica. No obstante, en caso de que dichas medidas involucren algunas modificaciones a la normatividad penal, la Corte considera que ello limita aún más de las facultades del gobierno en la materia. Esto se explica en el apartado siguiente.

La posibilidad de ejercer el poder punitivo en el estado de emergencia económica y social y la vigencia de las modificaciones penales introducidas.

A pesar de que la tipificación de conductas penales durante los estados de excepción como mecanismo para superar la perturbación del orden público y económico no fue una medida extraña bajo la vigencia de la Constitución de 1886, el abuso de este recurso, especialmente durante el estado de sitio, llevó al constituyente de 1991 a regular el ejercicio de las facultades excepcionales que podía desplegar el Ejecutivo durante los estados de excepción con dos finalidades específicas. Por un lado corregir los abusos en que se había incurrido en el pasado y, por el otro, permitir que el Ejecutivo contara con herramientas suficientes para enfrentar momentos críticos e impedir la extensión de sus efectos. Dentro de los abusos que quiso corregir el constituyente estaba el relacionado con la duración de los estados de excepción, la temporalidad de las facultades otorgadas al Ejecutivo, así como con la suspensión y la restricción indefinida de los derechos. Esta preocupación también estuvo presente en el trámite legislativo seguido para la adopción de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción

En cuanto a la posibilidad de acudir durante los estados de excepción al derecho penal, dada la frecuencia con que se utilizó este recurso durante el estado de sitio bajo la vigencia de la Constitución de 1886, tanto el constituyente de 1991 como el legislador estatutario en 1993 establecieron límites materiales y temporales para el empleo de este tipo de medidas, bajo el entendido que si bien el legislador ordinario tiene una potestad de configuración amplia pero no ilimitada, la limitación al ejercicio de esta facultad por parte del legislador excepcional es aún mayor bajo los estados de excepción, como garantía de los derechos y respeto a los principios

democrático, de legalidad en materia penal, de razonabilidad y de proporcionalidad

A continuación se analizan las competencias del Presidente de expedir normas penales por medio de decretos legislativos en estados de emergencia económica. Antes de entrar específicamente en la materia, se describe la jurisprudencia constitucional acerca del tema.

La jurisprudencia constitucional en el contexto de la conmoción interior

La Corte se ha pronunciado varias ocasiones acerca de medidas penales expedidas en situaciones de conmoción interior, y por ende, dirigidas a conjurar situaciones críticas que *“atentan de manera inminente contra la estabilidad institucional, las seguridad del Estado o la convivencia ciudadana”* (artículo 213 de la Constitución).

En dichas situaciones, la Corte ha reconocido que la Ley Estatutaria establece explícitamente para el estado de conmoción interior, entre otras facultades, la competencia de *“tipificar penalmente conductas, aumentar o reducir penas, así como modificar disposiciones de procedimiento penal*. No obstante, esta Corporación ha indicado que, debido al carácter eminentemente temporal de las medidas expedidas en estados de conmoción interior y en aplicación del principio de favorabilidad, las normas penales correspondientes tienen varias limitaciones materiales y temporales.

Así, en la sentencia C-939 de 2002 la Corte declaró inexequibles unas medidas de conmoción interior que establecían una nueva técnica de tipificación para el delito de hurto de hidrocarburos y sus derivados, por considerar que se habían vulnerado los requisitos de conexidad y necesidad. A continuación se citan algunos apartes relevantes de dicha sentencia.

En relación con la conmoción interior la Corte señaló que en vista de que *“el modelo democrático implica que la definición de tales elementos normativos está reservada al pueblo, representado en el legislador”*, en las situaciones de excepción *“que admiten la declaración de estados de guerra o de conmoción, se autoriza a un poder estatal distinto del legislador dictar el marco normativo que define el uso de la fuerza y la capacidad de coacción del Estado. Por ser anómalo e involucrar una alteración radical del orden constitucional (la ley es dictada por el legislador), se ha contemplado que dichas facultades son eminentemente temporales. Para el caso de la conmoción interior, la eminente temporalidad “tiene como consecuencia que resulta absolutamente prohibido que los efectos jurídicos de las medidas adoptadas durante el estado de conmoción se prolonguen más allá del término previsto en la Constitución.*

Armonizando los principios de temporalidad de las medidas de conmoción y de favorabilidad de la ley penal, la Corte concluyó que *“no es posible incrementar los límites de los correspondientes tipos penales ordinarios y mucho menos los máximos posibles señalados en el Código Penal. Sólo es viable, hacer variaciones punitivas que en virtud del principio de favorabilidad puedan seguir rigiendo aún después de terminada la conmoción interior.”*

En dicho, caso, la norma penal no sería efectiva, dado que en virtud del principio de favorabilidad no es posible aplicar la norma penal que es eminentemente transitoria. Así, *“la falta de eficacia y de idoneidad se deriva del hecho de que en virtud del principio de favorabilidad, se habrá de aplicar la ley penal más favorable, lo que implica que una vez levantado el estado de conmoción interior, únicamente se podría imponer la pena ordinaria o, si se ha condenado a la persona, se le reducirá la pena en la misma proporción”*.

Ahora bien la Corte indicó que *“una situación distinta es aquella en la cual el legislador ha establecido que determinada conducta es punible, pero el Gobierno introduce modificaciones en la descripción del tipo –por ejemplo, precisa ciertas conductas*

(contenidas, de manera abstracta, dentro del tipo ordinario) a fin de dar claridad sobre el alcance del tipo penal-.”

En cuanto a la tipificación de nuevas conductas, la Corte observa que “el tipo penal no puede subsistir una vez levantado el estado de conmoción y, por lo mismo, deben cesar los efectos derivados del tipo. Ello implica que la persona condenada por estos hechos punibles quedará en libertad una vez levantado el estado de conmoción o que la investigación que se adelante por la comisión del hecho punible deberá cesar en el mismo evento. // Lo anterior obliga a considerar, de nuevo, la eficacia jurídica de las medidas que se adopten durante el estado de conmoción. A fin de que resulten idóneas para alcanzar el fin – protección de los bienes jurídicos y sanción de la conducta desviada -, se impone que estas medidas sean eficaces durante el estado de conmoción, pues, por carecer de referente en la legislación ordinaria, resulta imposible la proyección legítima de algunos de sus efectos. Por lo tanto, el término máximo de las sanciones imponibles debe ser igual al término máximo durante el cual pueden tener vigencia y aplicabilidad las disposiciones dictadas durante la conmoción.

Ahora bien, las anteriores decisiones han sido tomadas en situaciones de conmoción interior. Dado que existe una concepción amplia de orden público, no existe un tipo de medida predeterminado para cada categoría de estado de excepción, sino que es en cada caso concreto cuando el Ejecutivo evalúa cuál es la medida excepcional requerida para restablecer el orden público. De este modo, es posible acudir al poder punitivo excepcional, pero siempre sometido a los límites constitucionales y estatutarios. No obstante, al comparar las facultades establecidas en los artículos 213, 214 y 215 de la Constitución observamos que existen diferencias importantes entre el mencionado estado de excepción y el estado de emergencia económica y social. En efecto, como se explicó, la vigencia de las medidas expedidas por medio de la conmoción interior culmina tan pronto finaliza dicho estado excepcional. No obstante, tal como ha sido aceptado por la jurisprudencia, el artículo 215 de la Carta establece que en principio, las medidas legales proferidas en el estado de emergencia económica tienen un carácter permanente.

¿Significa lo anterior que el constituyente y el legislador estatutario establecieron límites temporales y materiales a las medidas que puede

adoptar el gobierno en conmoción interior, pero que tales límites no tienen aplicación cuando se trata del estado de emergencia económica, social y ecológica. La respuesta a ese cuestionamiento es negativa como pasa a analizarse en el apartado siguiente. A su vez, la diferencia relativa a la vigencia de las normas expedidas en las dos situaciones de urgencia tiene consecuencias importantes respecto de la aplicación de los principios de finalidad y necesidad de los decretos de emergencia.

Competencia del Presidente de la República de modificar la normatividad penal en un estado de emergencia económica y social

El artículo 215 de la Constitución

El artículo 215 establece que en una emergencia económica, social o ecológica, con el fin exclusivo de conjurar la crisis o sus efectos, el Gobierno podrá “*dictar decretos con fuerza de ley*” incluyendo medidas para “*establecer nuevos tributos o modificar los existentes*”. En el caso de los tributos, la norma constitucional indica que dichas “*medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.*”

De manera general, respecto de las demás medidas dictadas por el Presidente y sus Ministros el artículo 215 superior consagra que “*el Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.* Las mismas normas se consagran en los artículos 47 y 49 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción

En la sentencia C-353 de 199, la Corte al abordar el alcance del artículo 215 de la Carta, precisó cuáles eran las razones constitucionales de la

concentración en el Ejecutivo de las atribuciones que de ordinario le corresponden al Congreso de la República, en los siguientes términos:

“(L)a urgencia de conjurar las causas que dan origen a la declaración de un estado de excepción, así como la de impedir la extensión de sus efectos, hace necesaria la concentración, en un sólo órgano, de facultades y competencias que de ordinario no tiene, con el único fin de dar una respuesta inmediata a los hechos generadores de la crisis. Respuesta que el legislador, a causa de trámites y procedimientos propios de la formación de leyes, no puede otorgar prontamente.

Así, es en el Gobierno Nacional, y específicamente en el Presidente de la República, donde confluyen una serie de facultades que en época de normalidad le son ajenas”.

Como se observó, estas disposiciones han de ser interpretadas de acuerdo a los requisitos que la Constitución y de la ley estatutaria han establecido acerca de las medidas tomadas en estados de excepción, tal como lo ha señalado la jurisprudencia. No obstante, al tratarse de modificaciones de la normatividad penal, surgen ciertos requisitos más exigentes, en aplicación de los principios de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal, los cuales son intangibles según el artículo 4° de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción. En el siguiente apartado se analizan estos límites.

La posibilidad de adoptar medidas punitivas en decretos legislativos dictados en Emergencia Económica, Social o Ecológica.

El primer interrogante que se plantea la Corte es si la Constitución permite al Gobierno expedir normas que creen o modifiquen tipos o que aumenten las penas de conductas punibles durante la emergencia social. La respuesta a esta pregunta es afirmativa.

Los artículos 212, 213, 214 y 215, no establecen un tipo de medida específico para cada estado de excepción. El tipo de medidas que pueden ser adoptadas por el Ejecutivo en ejercicio de esas facultades excepcionales está limitado a aquellas que resulten estrictamente necesarias para conjurar la crisis de que se trate. Dado que existe una concepción amplia de orden público, no existe un tipo de medida predeterminada para cada categoría de estado de excepción, sino que en cada caso concreto corresponde al Ejecutivo evaluar cuál es la medida excepcional requerida para restablecer el orden público. De este modo, es posible acudir al poder punitivo excepcional, pero siempre sometido a los límites constitucionales y estatutarios.

El artículo 215 de la Constitución, así como los artículos 47 y 49 de la Ley estatutaria de estados de excepción establecen que el Gobierno puede “*dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos*”. Las disposiciones mencionadas incluyen la posibilidad de crear o modificar tributos. Pero de ninguna manera excluyen otras medidas particulares que puedan ser adoptadas por el Gobierno para enfrentar la emergencia.

A diferencia de la amplitud de estas normas, para el caso del estado de conmoción interior la Ley Estatutaria consagró una serie de facultades específicas en cabeza del Gobierno. El artículo 38 de la Ley 137 de 1994 indica que “*además*” de las facultades generales relativas al estado de conmoción interior, el Gobierno tiene la facultad de adoptar un número amplio de mecanismos concretos de intervención del orden público. A su vez, la jurisprudencia de la Corte ha juzgado de manera amplia las competencias para tomar medidas de emergencia que no están explícita y literalmente descritas en las normas constitucionales o estatutarias” Por estas razones, la Corte concluye que la Constitución no excluye la utilización de las medidas punitivas mencionadas

Para la Corte es razonable que con el objetivo de hacer frente a un estado de excepción de orden económico, social o ecológico, el Gobierno tenga la facultad de hacer uso de un abanico amplio de medidas, que ciertamente puede incluir herramientas de tipo punitivo. Estas medidas pueden ser necesarias para contrarrestar la

crisis. Por ejemplo, es posible que mecanismos fiscales de tipo contra-cíclico tales como beneficios tributarios o transferencias a grupos vulnerables, sean inefectivas si no están acompañadas de normas punitivas que castigan el desacato de las reglas que ejecutan las políticas correspondientes.

Ahora bien, el hecho de que el Gobierno tenga facultades de establecer medidas penales durante el estado de emergencia económica, social o ecológica, no significa que tenga libertad absoluta acerca de la configuración, diseño y ejecución de dichos instrumentos. Ni el legislador excepcional ni el legislador ordinario disponen de una potestad absoluta en la configuración de los tipos penales en materia del orden económico social, toda vez que se encuentran sujetos a los valores, principios y derechos constitucionales y particularmente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En la ley estatutaria el ejercicio del poder punitivo durante los estados de excepción, fue regulado de manera expresa en el capítulo III sobre el estado de conmoción interior, en donde se establecen límites materiales y temporales, así como condiciones muy estrictas para su utilización. Aun cuando no existe una norma similar en el capítulo IV, referido a la emergencia social, este silencio no puede ser interpretado en el sentido de que las limitaciones y controles establecidos por el legislador estatutario a las facultades excepcionales del gobierno sean solo aplicables a la conmoción interior o a la guerra exterior, y que no exista ninguna limitación al ejercicio de tales facultades en la emergencia social. Una interpretación en tal sentido haría inocuos los límites establecidos por el legislador estatutario y traicionaría la protección de los derechos que se estableció en la Carta para combatir los abusos en el ejercicio de los poderes excepcionales.

Sobre este punto, en la sentencia C-224 de 2009, la Corte recordó que

“si bien es cierto que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción consagró bajo la denominación “poder punitivo”, la posibilidad de tipificar penalmente conductas y aumentar las penas para el estado

de conmoción interior, no por ello puede llegarse a la conclusión excluyente y definitiva de su no aplicación a las demás modalidades de los estados de excepción, como el estado de emergencia económica y social. La no regulación expresa de una facultad en dicha ley estatutaria no puede derivar necesariamente en su prohibición.

Dentro de las medidas legislativas que puede adoptar el legislador extraordinario en el estado de emergencia, se contemplan las de orden penal a efectos de que el Estado pueda responder de manera oportuna e idónea a la amenaza o perturbación grave e inminente del orden económico y social. No se traiciona, entonces, el principio democrático, al contrario, se profundiza en la democracia.

La Ley Estatutaria de los Estados de Excepción no es una cláusula pétrea. Puede ser modificada o adicionada por disposiciones del mismo carácter que regulen la posibilidad de dictar medidas penales en orden a conjurar la crisis económica y social. Tampoco es taxativa en los temas abordados, que implique necesariamente que la no regulación de determinados asuntos o su previsión para cierta modalidad de los estados de excepción, conlleve indiscutiblemente a su prohibición para las demás. El silencio no puede erigirse necesariamente en una prohibición.

Para la Corte resulta razonable que con el objetivo de hacer frente a un estado de excepción, como lo es la emergencia económica y social, el Gobierno Nacional disponga de un abanico amplio de medidas dentro de las cuales se incluya las medidas de orden penal.”

Como se ha manifestado, históricamente la posibilidad de crear o modificar tipos penales durante el estado de emergencia económica no ha sido un asunto extraño al ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, en el año de 1982, bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, fue avalada la constitucionalidad de la creación del tipo penal de captación ilegal de recursos del público. Lo anterior, sin pretender avalar con ello la constitucionalidad del presente decreto, pero sí como aspecto a considerar bajo nuestro ordenamiento constitucional.

Este tipo de medidas que bajo la vigencia de la Constitución de 1886, no estaban sometidas a restricciones constitucionales, en la Constitución de 1991 sí lo están, por lo cual el ejercicio de esta potestad debe hacerse conforme a los parámetros constitucionales y estatutarios

Adicionalmente, debe recordarse que el artículo 2 de la Ley 137 de 1994 señala que el objeto de la misma es “*regular las facultades atribuidas al gobierno durante los estados de excepción...La ley también tiene por objeto establecer controles al ejercicio de las facultades excepcionales del gobierno, así como para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales,*” por lo que, cualquiera que sea el tipo de estado excepcional declarado por el gobierno, el ejercicio de las facultades excepcionales durante éste debe regirse por los mismos límites materiales y temporales establecidos en la ley estatutaria.

Como se analizará en los apartados siguientes, las medidas penales referidas están sujetas a requisitos de constitucionalidad aún más rigurosos que los descritos en el apartado 3.2 respecto de mecanismos en los que la preservación de las libertades de las personas no depende en la misma medida del respeto del principio de legalidad. A continuación se estudian estos requisitos.

Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de excepción

La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de las personas establecen unos límites a la potestad punitiva del Estado. De esta manera, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, además de criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen controles materiales para el ejercicio ordinario de la competencia punitiva. Acerca del poder punitivo ordinario, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que frente al ejercicio de la libertad de configuración del legislador, las normas constitucionales son un “*control de límites..., con el fin de evitar excesos punitivos.*”

Ahora bien, respecto de los estados de excepción, la Constitución prevé una situación anómala en la que se faculta al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley. En protección del principio democrático, la Constitución condiciona y restringe las competencias del ejecutivo en dichas situaciones excepcionales. A su vez, de dichas restricciones se concluye que las facultades del ejecutivo han de ser interpretadas de manera restrictiva.

A continuación se describen estas limitaciones en materia penal. Éstas son una aplicación de los requisitos de constitucionalidad establecidos para todos los decretos de excepción.

(i) Juicio acerca de la definición material de los bienes jurídicos protegidos. El Gobierno únicamente puede definir tipos penales que estén dirigidos a proteger los bienes jurídicos que el estado de excepción requiere tutelar. Así, en el caso del Estado de emergencia económica, social y ecológica, es necesario que los tipos estén definidos exclusivamente de tal forma que se encaminen a proteger “*el orden económico, social y ecológico del país*” (artículo 215 de la Carta), y que corresponden a las condiciones específicas por las cuales se declaró la emergencia mencionada. La protección de los bienes jurídicos mencionados define materialmente el ámbito de competencia penal del gobierno en estas situaciones. La creación o modificación de tipos penales ha de incluir expresamente como objeto de protección los mencionados bienes. La protección de otros bienes jurídicos, está reservada al legislador.

(ii) Juicio acerca de una perturbación concreta, grave e inminente. El artículo 215 precitado, así como las normas estatutarias analizadas, requieren la especificidad en la materia regulada por el decreto-ley. Aplicando esto al caso de las reformas penales, el Gobierno únicamente puede adoptar medidas para contrarrestar perturbaciones, que de forma específica, grave e inminente afecten el orden económico, social o ecológico. No son admisibles tipos penales para contrarrestar una amenaza o una crisis que de manera abstracta pueda afectar la economía o el orden social.

Además, la medida ha de ser idónea, en el sentido de que la descripción de la conducta tipificada debe enfrentar de manera efectiva las perturbaciones que afectan el orden económico, social o ecológico. Dentro de esto, el bien jurídico protegido por la conducta punible ha de estar relacionado directamente con las perturbaciones por las que se declaró la emergencia. Así, el riesgo para los bienes jurídicos protegidos ha de ser *próximo* y la relación causal entre éstos y la medida no puede estar mediada por elementos que vuelvan esta relación indirecta.

(iii) Juicio acerca de suficiente motivación de la relación de conexidad respecto de los sujetos activos de los hechos punibles. El Gobierno ha de expresar claramente las razones por las cuales se estima que las conductas punibles, realizadas por los sujetos activos de las medidas, tienen capacidad de perturbar, de forma específica, grave e inminente el orden económico, social o ecológico. Es necesario señalar los motivos por los cuales las limitaciones de los derechos constitucionales impuestas a los mencionados sujetos tienen *“una conexidad directa con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarios”* (artículo 8 de la Ley 137 de 1994).

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, *“el gobierno ha de restringir la definición del tipo penal a aquellas personas –aunque de manera abstracta– que generen la amenaza cierta y concreta a los bienes jurídicos tutelados, conforme al análisis y apreciación que el gobierno hizo de la situación fáctica al momento de declarar el.”* Por esta razón el Gobierno tiene el deber de hacer una delimitación clara entre diferentes conductas, de tal manera que excluya aquellas que son similares, pero que no tienen capacidad de perturbar el orden económico, social o ecológico. Según la jurisprudencia *“únicamente puede perseguir aquellas que inequívocamente pongan en peligro los mencionados bienes jurídicos, sin incluir las conductas de personas que resulten inofensivas en la relación causal indicada.”*

Adicionalmente, el Gobierno tiene la obligación de hacer explícita la situación que se pretende enfrentar. Según la Corte *“esta carga de hacer explícitas las razones, por otra parte, pone de manifiesto la*

diferencia entre las competencias ordinarias del legislador y las excepcionales del Gobierno, pues el primero puede argüir meras consideraciones de conveniencia, mientras que el segundo únicamente puede exponer razones de imperiosa necesidad, con lo que se refuerza el carácter limitado de sus competencias y facultades.

Por esta razón, el Gobierno está obligado a concebir un tipo penal que satisfaga el criterio de suficiente distinción. De acuerdo a esto, es inconstitucional una media que establece un tipo que dada su amplitud, incluye, dentro del grupo de conductas perseguidas, aquellas que no afectan los bienes jurídicos de la emergencia con la que se trata de lidiar. Solamente puede tipificar las conductas que en forma directa, específica y exclusiva, estén relacionadas con los motivos que dieron lugar a la emergencia.

(iv) Juicio de necesidad. Como se observó en el apartado 2, la Ley estatutaria limita las facultades gubernamentales a aquellas “*necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción*” (artículo 11). La Corte entiende que en relación con el poder punitivo del Presidente y sus ministros, éste ha de demostrar la manera como tales la punición de tales conductas es necesaria para superar la perturbación del orden económico, social o ecológico.

Adicionalmente, es necesario que el Gobierno establezca de qué manera las normas que regulan situaciones similares en tiempos de normalidad no son idóneas para enfrentar la situación excepcional”

(v) Juicio de estricta razonabilidad y proporcionalidad. Como observamos en el apartado 2, la Ley estatutaria establece que “*la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad*” (artículo 13 Ley 137 de 1994). Las etapas de este juicio pueden describirse de la siguiente manera: primero, la finalidad que se persigue con la limitación de los derechos y libertades, puede ser exclusivamente la protección del orden económico, social y ecológico, de tal forma que se conjure la crisis y sus

efectos, en estricta relación con la declaración emergencia correspondiente. Segundo, la idoneidad de la medida busca demostrar que con la punición se logra la realización de la finalidad mencionada. Tercero, la necesidad de la herramienta se orienta a analizar si los tipos penales ordinarios y las sanciones correspondientes permiten o no alcanzar el fin legítimo. Cuarto, es necesario estudiar si la definición del tipo no implica una restricción inadmisibles o excesiva, incluyendo la vulneración del núcleo esencial de un derecho fundamental. Igualmente, es necesario constatar que la sanción prevista no resulte desmedida en relación con la gravedad del hecho.

De manera adicional, cuando existen tipos penales que castigan conductas que se considera que perturban el orden económico, social o ecológico, el Gobierno está obligado a explicar de manera suficiente las razones por las que las conductas punibles ordinarias resultan incompatibles con el estado de excepción. Así, no son suficientes justificaciones que (i) se limitan a señalar que determinadas disposiciones son incompatibles con el estado de conmoción sin ofrecer argumentos que lo demuestren, y (ii) que la argumentación sea incoherente, irracional, incomprensible o insuficiente para dar cuenta de las razones de la incompatibilidad de los tipos existentes

Ahora bien, como se observó la Ley Estatutaria ordena que exista una relación de proporcionalidad entre las medidas (punibles en el presente caso) y la gravedad de las crisis que se enfrenta. El elemento de la gravedad convierte el juicio en uno de estricta proporcionalidad, lo cual implica que (i) se considere si el tipo restringe inadmisibles o excesivamente un derecho constitucional y (ii) se analice la capacidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados por la conducta tipificada tal como está definida.

En resumen, las limitaciones descritas en materia punitiva señalan (i) que sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra el orden económico, social o ecológico; (ii) que en la descripción del comportamiento tipificado, deben tratarse las conductas que de manera directa perturben el orden económico, social y ecológico; y, (iii) que el sujeto activo, la conducta tipificada y el objeto protegido, deben estar en directa conexión con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia. No obstante, estos no son todas las limitaciones establecidas en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Estados de

Excepción. Es preciso analizar la vigencia de las medidas penales proferidas en los estados de emergencia. De ello se ocupa el apartado siguiente.

Vigencia de las medidas penales adoptadas en estado de emergencia económica, social o ecológica.

Como se observó, el artículo 215 superior establece de manera literal que los decretos legislativos proferidos en la emergencia económica tienen vigencia permanente en el tiempo, a no ser que se trate de normas que establecen o modifican tributos. En cuanto a las modificaciones del régimen tributario, las medidas pierden vigencia *“al término de la siguiente vigencia fiscal”*, a no ser que *“el Congreso durante el año siguiente, le otorgue carácter permanente.”* En relación con las demás medidas adoptadas para conjurar la crisis, el artículo 215 indica que éstas pueden ser modificadas o adicionadas por el Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de emergencia para los casos de materias que son iniciativa del Gobierno, y en cualquier momento en las materias que son de iniciativa de los miembros del Congreso.

Esta norma constitucional fue desarrollada por la Ley 137 de 1994 y leída de manera aislada del resto del ordenamiento constitucional y estatutario llevaría a concluir que durante el estado de emergencia social, económica y ecológica las medidas que se adopten en este estado de excepción no están sometidas a los mismos límites materiales y temporales que se señalan para la conmoción interior y para la guerra exterior y, por lo tanto, salvo las medidas que crean o modifican tributos, todas las demás medidas que se adopten, incluidas las penales, no estarían sometidas a los límites expresos del artículo 44 de la Ley 137 de 1994 y tendrían carácter de permanencia a no ser que el Congreso las modifique o adicione. Bajo este punto de vista, en estado de emergencia económica, social y ecológica el Gobierno tendría una facultad ilimitada de expedir medidas penales de carácter permanente

No obstante dicha lectura haría inocuo el esfuerzo plasmado en la ley estatutaria de estados de excepción por desarrollar controles y restricciones a las facultades que pueden ser ejercidas al amparo de los artículos 212 a 215 de la Carta, como quiera que dadas las limitaciones que imponen la

Carta y la ley estatutaria para la conmoción interior, el gobierno siempre estaría tentado a escoger el estado de excepción que mayores facultades le otorgase y menos restricciones le impusiera, independientemente del tipo de crisis que tuviera que enfrentar.

Una interpretación como esa facilitaría también que se desconocieran los compromisos internacionales en particular en materia de derecho internacional de los derechos humanos que prohíben establecer mediante los estados de excepción restricciones permanentes a los derechos y libertades fundamentales. Las políticas y medidas que se adopten en ese marco deben ser confrontadas con los estándares internacionales de derechos humanos para garantizar el respeto del principio de legalidad, al Estado de derecho y al principio democrático

Sobre este punto, en la Sentencia C-224 de 2009 la Corte señaló lo siguiente:

Para esta Corporación una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento constitucional y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, como de éstos y los convenios internacionales de derechos humanos (art. 93 superior), permite señalar que los decretos legislativos penales adoptados durante el estado de emergencia, son de vigencia temporal respetando las particularidades que ofrece el artículo 215 superior.

Siendo el estado de excepción una institución del Estado de derecho que como tal debe reunir determinadas condiciones y requisitos que actúan a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis, puede señalarse que tanto en periodos de normalidad como de anormalidad institucional la configuración de la política criminal del Estado se encuentra sujeta a limitaciones de juridicidad y legitimidad al regular un principio fundamental como lo es la libertad personal.

Ello implica incursionar en la plena observancia de los principios de estricta reserva legal, de legalidad y pro homine, propios de las instituciones democráticas y del Estado de derecho.

El ejercicio de la potestad punitiva del Estado en tiempo de normalidad institucional corresponde al ámbito exclusivo del Congreso de la República (art. 150-2 superior). De ahí que el ejercicio de tal atribución por el Ejecutivo durante el estado de emergencia (art. 215 superior) conlleva sustituir temporalmente las funciones originariamente conferidas a otra rama del poder público. Entonces, tanto el ámbito funcional (principio democrático) como la materia regulada (tipos penales), hacen indispensable que las medidas legislativas penales deban sujetarse a unos límites en su vigencia a efectos de no suplantar definitivamente la voluntad popular y la democracia representativa.

Como lo sostuvo el Relator especial para los estados de excepción de las Naciones Unidas, Dr. Leandro Despouy, una adecuada regulación y correcta aplicación de los estados de excepción salvaguarda el equilibrio de los tres poderes del Estado y posibilita el buen funcionamiento de los mecanismos de control interno “por lo que el impacto de las medidas de excepción sobre el ejercicio de los derechos humanos es transitorio, limitado y compatible con el sistema democrático de gobierno”(…).

Una interpretación conjunta y finalística de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior) y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, conducen a la Corte sostener que el principio de legalidad de la ley penal, propio del régimen democrático, no puede ser restringido de manera intemporal (vigencia de los decretos) cuando el legislador excepcional ha hecho uso del poder punitivo durante el estado de emergenci.

Los límites constitucionales a las competencias concedidas por el artículo 215 de la Constitución y reguladas por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción para el ejercicio del poder punitivo durante el estado de emergencia, deben integrar el principio de estricta legalidad de la ley penal, lo cual permite colegir en la existencia de poderes extraordinarios que en cuanto a las medidas adoptadas tendrán vigencia temporales

La ausencia de una previsión expresa que le imponga un límite temporal a las medidas punitivas que puedan ser adoptadas durante una emergencia social, económica y ecológica plantea una aparente contradicción entre los límites temporales que surgen de la naturaleza de las medidas punitivas que son tradicionalmente adoptadas durante el estado de conmoción interior y las que se adoptan en otro tipo de estados de excepción. Cuando tal situación se presenta, esta Corporación ha señalado que “*es menester*

acudir a la ponderación para lograr su armonización. Así las cosas, la distinción entre las nociones mencionadas, acaba siendo un método de interpretación constitucional válido para lograr la coherencia interna práctica de las normas superiores, que supera el criterio formalista de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad.

Si bien el artículo 215 Superior, no señala expresamente un límite temporal para medidas distintas de la creación de tributos bajo el estado de emergencia económica, social y ecológica, otras disposiciones constitucionales sí establecen un límite temporal al ejercicio del poder punitivo en estados de excepción. Dicho límite temporal surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que rigen el principio de estricta legalidad penal que opera tanto en tiempos de normalidad como bajo estados de excepción.

Los límites constitucionales de las competencias concedidas por el artículo 215 de la Carta y reguladas por la ley estatutaria para el ejercicio del poder punitivo durante la emergencia económica, social y ecológica deben integrar el principio de estricta legalidad de la ley penal. En efecto, la Constitución, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad consagran que el mencionado principio no puede ser restringido de manera desproporcionada en situaciones de excepción.

(i) En virtud de los artículos 28 (“*nadie puede ser [...] reducido a prisión o arresto, ni detenido [...] sino [...] por motivo previamente definido en la Ley*”, y 29 de la Constitución (“*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa [...]*”) la Corte Constitucional ha reiterado la existencia del deber del Estado de observar el principio de estricta legalidad, según el cual, (i) la creación de tipos penales y sus correspondiente penas es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material y (ii) se ha de respetar el principio de tipicidad (“*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa.*

(ii) El artículo 4º de Ley estatutaria de estados de excepción consagró, como uno de los derechos intangibles “*el principio de la legalidad, de*

favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal”—Mediante la sentencia que declaró exequible esta norma estatutaria, la Corte Constitucional consideró que:

“En este artículo el legislador, valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia una serie de derechos que califica de intangibles, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario, ya que se consideran como bienes imprescindibles para la dignidad de la persona humana.

Durante los estados de excepción, es de común ocurrencia que se afecten ciertos derechos que la misma Constitución permite restringir o limitar en épocas de normalidad, valga citar: el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad de circulación, etc.; sin embargo, existen otros que en ninguna época pueden ser objeto de limitación, como los contenidos en la disposición legal que se estudia, los cuales son considerados como inafectables.”

Por otra parte, el artículo 5° de la Ley estatutaria (“*prohibición de suspender derechos*”) dispone que “*las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción*”, incluyendo específicamente la prohibición de suspender “*los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política*. En el mismo sentido, el artículo 15 estatutario prohíbe en los estados de excepción “*interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado*.”

(iii) En relación con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, que según el artículo 93 de la Constitución hacen parte del bloque de constitucionalidad, se observa que:

Primero, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 27 prohíbe que en situaciones de emergencia el estado parte suspenda, entre otros, las garantías relativas al “*principio de legalidad y de retroactividad*. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en interpretación de la norma referida, que “*dentro de los principios que informan el sistema*

interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del 'ejercicio efectivo de la democracia representativa' [...].” Ha indicado también que “si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente. [...] La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente [...], tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

Por su parte, el artículo 30 de la Convención indica que *“las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”* Esta norma ha sido interpretada por la Corte Interamericana de tal forma que la expresión leyes aplica a las normas expedidas por el órgano legislativo:

“[L]a protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.

“[...] Lo anterior se deduciría del principio [...] de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

“[...] La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

“[...] [E]l vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

“[...] En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al 'ejercicio efectivo de la democracia representativa', que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.

“[...] En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.”

En segundo lugar, el artículo 4.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que en las mencionadas situaciones excepcionales no está autorizada “*suspensión alguna*” del artículo 15 del Pacto, relativo a “*al principio de legalidad de la ley penal*” El Comité de Derechos Humanos por su parte, ha interpretado dicha norma como la prohibición de suspender el “*principio de legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve [...]*”.

En tercer lugar, la Opinión Consultiva sobre el hábeas corpus bajo suspensión de garantías, también se refiere al carácter temporal que debe tener la restricción del principio de legalidad bajo estados de excepción:

38. Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

*39. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, **tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder** (resaltado agregado al texto)*

Así mismo, en virtud del artículo 3º del Ley Estatutaria de Estados de Excepción, establece en dichos regímenes la “*prevalencia de los tratados internacionales*”. Según lo consagrado en dicha norma, “*de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Congreso de Colombia prevalecen en el orden interno. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario, como lo establece el numeral 2o. del artículo 214 de la Constitución. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios*

internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

(iv) En resumen, se observa, que los artículos 28 y 29 de la Constitución, los artículos 4° y 5° de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y las disposiciones relevantes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resaltan la importancia del principio de estricta legalidad de la ley penal, el cual no puede ser restringido de manera ilimitada y atemporal en estados de excepción.

Ahora bien, esto no quiere decir que en nuestro régimen constitucional no esté previsto limitar dicho principio, dadas las circunstancias urgentes y anómalas mencionadas en los artículos 212 a 215 de la Carta. Como ya se concluyó anteriormente en esta sentencia, la posibilidad de crear o modificar normas penales por parte del gobierno en estados de excepción, puede ser vital para la supervivencia del régimen constitucional mismo. Específicamente, las limitaciones establecidas y descritas respecto de las medidas que el Presidente y sus ministros pueden adoptar en una emergencia económica y social, permiten la creación o modificación de normas penales, siempre y cuándo éstas cumplan con los requisitos enunciados en el apartado 3.3.2.2.

La Ley Estatutaria de Estados de Excepción estableció límites materiales y temporales para que el ejercicio del poder punitivo por parte del gobierno durante la conmoción interior. Tales límites surgen de la naturaleza misma de la facultad punitiva y son, por lo tanto, aplicables a cualquiera de los estados de excepción. En cuanto a la vigencia temporal de las medidas punitivas adoptadas durante la conmoción interior, si bien de manera general se ha afirmado que surge de la naturaleza misma del estado de conmoción interior, ese carácter temporal surge también de las disposiciones constitucionales que regulan el principio de estricta legalidad penal.

Esta interpretación sistemática llevó a la Corte Constitucional a concluir en la sentencia C-179 de 1994, que resultaba conforme con la Carta el que la ley estatutaria impusiera un límite temporal a las medidas punitivas

adoptadas al amparo de la conmoción interior. Al examinar la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 137 de 1994, la Corte señaló lo siguiente:

“No puede dejarse de lado que si es de reserva exclusiva del legislador en tiempo ordinario o de normalidad, determinar los comportamientos que deben ser castigados o penados, señalando la correspondiente sanción, bien puede el Presidente de la República, que durante los estados de excepción asume la potestad legislativa, tipificar delitos, fijar las penas, aumentar las existentes o disminuirlas, en fin dictar medidas represivas o no hacer aplicables las normas punitivas ordinarias a quienes han subvertido el orden, con la única finalidad de restablecer el orden público turbado, pues el Gobierno cuenta con todas las facultades para hacerlo.

[...] Las normas penales ordinarias tienen vocación permanente; en cambio las normas expedidas durante el estado de conmoción interior son de carácter transitorio y dejan de regir tan pronto se declare restablecido el orden público.

Aunque parezca reiterativo, debe insistir la Corte en que el hecho de que ciertas normas penales dictadas durante el periodo de conmoción interna produzcan efectos de carácter permanente, no equivale a afirmar que por esta circunstancia tales preceptos tienen vocación de permanencia, pues la normatividad que dicta el Gobierno en dicho periodo excepcional, como lo ordena la Constitución en su artículo 213, es eminentemente transitoria, y deja de regir una vez se haya logrado el restablecimiento del orden perturbado.”

Por ello, darle un carácter permanente a las normas penales adoptadas por el Gobierno durante el estado de emergencia social constituye una restricción desproporcionada del principio de estricta legalidad de la norma penal, que desconoce además los juicios de ausencia de arbitrariedad, intangibilidad y de no contradicción específica, descritos en el apartado 2 de esta sentencia respecto de los decretos de emergencia económica, social o ecológica.

Sobre este punto dijo la Corte Constitucional lo siguiente en la sentencia C-224 de 2009:

Para esta Corporación una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento constitucional y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, como de éstos y los convenios internacionales de derechos humanos (art. 93 superior), permite señalar que los decretos legislativos penales adoptados durante el estado de emergencia, son de vigencia temporal respetando las particularidades que ofrece el artículo 215 superior.

Siendo el estado de excepción una institución del Estado de derecho que como tal debe reunir determinadas condiciones y requisitos que actúan a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis, puede señalarse que tanto en periodos de normalidad como de anormalidad institucional la configuración de la política criminal del Estado se encuentra sujeta a limitaciones de juridicidad y legitimidad al regular un principio fundamental como lo es la libertad personal.

Ello implica incursionar en la plena observancia de los principios de estricta reserva legal, de legalidad y pro homine, propios de las instituciones democráticas y del Estado de derecho.

El ejercicio de la potestad punitiva del Estado en tiempo de normalidad institucional corresponde al ámbito exclusivo del Congreso de la República (art. 150-2 superior). De ahí que el ejercicio de tal atribución por el Ejecutivo durante el estado de emergencia (art. 215 superior) conlleva sustituir temporalmente las funciones originariamente conferidas a otra rama del poder público. Entonces, tanto el ámbito funcional (principio democrático) como la materia regulada (tipos penales), hacen indispensable que las medidas legislativas penales deban sujetarse a unos límites en su vigencia a efectos de no suplantarse definitivamente la voluntad popular y la democracia representativa.

(...)

Una interpretación conjunta y finalística de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior) y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, conducen a la Corte sostener que el principio de legalidad de la ley penal, propio del régimen democrático, no puede ser restringido de manera intemporal (vigencia de los decretos)

cuando el legislador excepcional ha hecho uso del poder punitivo durante el estado de emergenci.

Los límites constitucionales a las competencias concedidas por el artículo 215 de la Constitución y reguladas por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción para el ejercicio del poder punitivo durante el estado de emergencia, deben integrar el principio de estricta legalidad de la ley penal, lo cual permite colegir en la existencia de poderes extraordinarios que en cuanto a las medidas adoptadas tendrán vigencia temporales.

(...)

Conforme a lo expuesto, bajo una interpretación armónica y coherente de los artículos 28, 29, 213, 214 y 215 de la Constitución Política, 4º, 5º, 15 y 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, 27 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y 4º y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede extraerse la conclusión de que el principio de estricta legalidad de la ley penal no puede ser restringido de forma indefinida en los estados de excepción (vigencia de los decretos), como lo es el caso del estado de emergencia.

Recuérdese que en los Estados está prohibido proferir medidas de excepción incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos.

No puede partirse de la perpetuación del estado de emergencia social con la vigencia indefinida de los decretos legislativos penales dado los intereses superiores en juego y el especial celo de la comunidad internacional por la observancia de los derechos humanos. Una posición contraria convertiría en regla general la legalidad extraordinaria suplantando definitivamente la legalidad ordinaria y, por ende, comprometiendo significativamente el Estado democrático de derecho.

De este modo, las medidas legislativas penales adoptadas durante el estado de emergencia, no pueden tener vocación de permanencia por cuanto llevan implícitas limitaciones en el tiempo para salvaguardar el principio de estricta legalidad penal.

Ello permite colegir que ordinariamente las normas penales tienen vocación de permanencia, en tanto que en el estado de emergencia lo es temporal. La suplantación del legislador penal ordinario por el periodo de emergencia no puede llegar en el caso que nos ocupa hasta el punto en derivar en la expedición de normas permanentes. La necesidad de proteger el principio de estricta legalidad penal así lo impone para beneficio de los principios democrático, de reserva de ley, de legitimidad y pro homine.

De otra parte, otorgarle a las normas penales adoptadas durante el estado de emergencia social un carácter permanente se constituye en una restricción irrazonable y desproporcionada al principio de estricta legalidad de la ley penal, que además desconoce los juicios de ausencia de arbitrariedad, intangibilidad y no contradicción específica, según se ha expuesto.

Tomar con vigencia permanente los decretos legislativos penales adoptados durante el estado de emergencia, llevaría a naufragar los principios que sostienen un Estado democrático de derecho. Una atribución en tal sentido resultaría desproporcionada a la garantía de los derechos humano. Estas medidas legislativas penales deben ser estrictamente temporáneas y dirigidas a restablecer inmediatamente la normalidad.

De esta forma, para la Corte se mantiene la regla general sobre la vigencia permanente de los decretos legislativos adoptados durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, bajo la salvedad de las normas tributarias y las penales que tienen vigencia transitoria.

Asimilación que obedece a que tanto las normas tributarias como las normas penales son expresiones de los principios de representación popular y democrático, que hacen necesaria la salvaguarda del principio de legalidad.

Debe anotarse, como lo ha recordado la Corte, que entre los objetivos principales del Constituyente de 1991 estuvo el limitar los poderes de la Rama Ejecutiva en los estados de excepción, buscando fortalecer la labor del Congreso de la República como órgano de representación democrática. Así se pretende evitar privar de forma definitiva a la Rama Legislativa de una de sus más preciosas facultades y a la vez aumentar indebidamente las

facultades del Ejecutivo. No sobra rescatar la importancia del órgano congresional como espacio de razón pública.

Recuérdese que durante la vigencia de la Constitución de 1886, se utilizaron de manera desmedida los hoy denominados estados de excepción, particularmente el estado de sitio, al permanecer el país durante varias décadas bajo ese estado. De ahí que el Constituyente de 1991 decidió poner fin a tal práctica estableciendo un máximo de duración con la finalidad de preservar el carácter excepcional y prevenir su prolongación indefinida.

El abuso generó la necesidad de limitar la facultad acudir a la legislación penal de excepción como fuente para el restablecimiento del orden público. Este límite no sólo se aplica al Estado de sitio o de conmoción interior, sino a todos los estados de excepción.

(...)

Las normas penales que se adoptaron durante el estado de emergencia en vigencia de la Constitución de 1886, revistieron carácter permanente suplantando con ello definitivamente el principio de representatividad democrática.

Por lo tanto, resulta irrazonable pensar que la voluntad del Constituyente de 1991, fue la de conceder un carácter permanente a las normas penales expedidas por el Presidente de la República en el estado de emergencia. Así mismo, el carácter transitorio del ejercicio del poder punitivo en el estado de conmoción interior, permite señalar la existencia de similares efectos para el estado de emergencia, respetando las particularidades que este último ofrece

Reconocido el carácter temporal de las medidas punitivas adoptadas durante los estados de excepción, surge la pregunta sobre cuál es el límite temporal aplicable cuando se trata de medidas adoptadas al amparo de una emergencia económica, social y ecológica. El artículo 213 Superior y la Ley Estatutaria establecen un límite máximo de hasta 360 días para la conmoción interior. El artículo 215 consagra un límite similar para las normas tributarias, que dejan de regir al término de la vigencia fiscal. Dado

que tanto las normas penales como las tributarias están amparadas por el principio de estricta legalidad, pasa a examinarse si este es el límite temporal aplicable a la emergencia económica, social y ecológica.

De la misma manera que con las normas tributarias, el principio constitucional a aplicar a las normas penales es que este tipo de disposiciones sólo pueden ser proferidas por el Congreso. Únicamente pueden ser adoptadas por el Gobierno, bajo condiciones excepcionales y necesarias.

La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha reconocido como uno de los criterios de interpretación de los artículos constitucionales relativos al estado de excepción, el hecho comprobado de que la Asamblea Constituyente al adoptar la Constitución Política de 1991, tuvo como uno de sus principales objetivos el limitar los poderes de la rama ejecutiva en los estados de emergencia. En particular, uno de los problemas registrados, correspondía a la legislación penal que constantemente fue concebida en desarrollo de estados de emergencia durante el régimen constitucional anterior. La Asamblea consideró que la naturaleza coyuntural de la política criminal, además ser contraria al principio de representatividad democrática en asuntos penales, obstaculizó la formulación de políticas de lucha contra el crimen que fueren legítimas, de largo alcance y consistentes

•

Dadas estas consideraciones es irrazonable concluir que la voluntad del Constituyente fue la de conceder un carácter permanente a las normas penales expedidas por el Presidente en estados de excepción. Así, una interpretación sistemática de la competencia constitucional del presidente de aumentar penas y crear nuevos tipos en un estado de emergencia económica y social, ha de reconocer la posibilidad de que el Presidente reaccione a una urgencia de manera idónea y suficiente, pero a la vez, que no le traslade al Gobierno la competencia adoptar normas penales con carácter permanente. A continuación la Corte describe la manera como se soluciona esta dificultad.

La Corte ha de encontrar una solución al problema planteado, según el cual una interpretación integral y sistemática del 215 de la Constitución, permite al Gobierno la adopción de medidas punitivas que estén directa y específicamente relacionadas con la superación del estado de emergencia económica, social o ecológica, pero impide que estas medidas tengan un carácter indefinido en el tiempo.

En este punto surge el interrogante de cuál es el límite de la vigencia de los decretos-ley punitivos. Dado que dicha limitación en el tiempo no es explícita en el artículo 215 sobre el tema y no existe una regulación legal estatutaria, la Corte, en ejercicio de su función de guardián de la Carta Política, debe acudir a otras normas constitucionales que le permitan deducir una regla de adecuada limitación

En el caso presente, la Corte constata que la norma constitucional más próxima aplicable se encuentra en el mismo artículo 215 de la Carta, en lo relativo a la vigencia de las medidas tributarias expedidas en el estado de emergencia económica, social o ecológica. Como se ha señalado repetidamente en este proceso, dicha disposición establece que en el estado de emergencia referido el Gobierno *“podrá, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.”* En cuanto a la vigencia de estas medidas tributarias, la norma constitucional dice que dichas *“medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.”*

Así, las medidas de emergencia que creen o modifiquen tributos dejan de tener vigencia, si en un año el Congreso las convalida. Nótese que esta regla constitucional da respuesta a un problema muy parecido al que se intenta solucionar en la presente ocasión. Dado que en principio, los tributos nacionales sólo pueden ser establecidos por el legislador, el artículo 215 preserva dicha competencia en cabeza del Congreso en situaciones de excepción, pero permite que el Presidente responda a la urgencia estableciendo o modificando tributos con el fin de conjurar la crisis. Para que dichas reformas tributarias sean permanentes, se requiere que el Congreso confirme dichas medidas. En caso contrario, la medida del gobierno deja de tener validez, dada la ausencia de convalidación del ente legislador. Así, la Constitución resguarda la competencia legislativa de

regular una materia en la que el principio democrático tiene mayor incidencia, pero concede al Gobierno un margen para regular temporalmente el asunto, dirigido a enfrentar situaciones de emergencia.

Lo mismo puede decirse de las medidas punitivas expedidas en estados de emergencia económica, social o ecológica. Aplicando la misma regla, la creación o modificación de tipos, como también el cambio de penas, tendrán una vigencia de un año, a no ser que el Congreso decida que la norma ha de tener un carácter permanente. De esta manera, se asigna al principio de legalidad penal, la misma salvaguarda que explícitamente la Constitución concede al principio según el cual no ha de existir tributación sin representación. Esta es la mínima protección que es posible establecer al derecho de las personas a ser juzgadas penalmente únicamente por conductas tipificadas por el legislador.

Como consecuencia de esta interpretación del artículo 215, en los casos en los que el Gobierno, con el fin de hacerle frente a una emergencia económica, social o ecológica, expida normas que tipifiquen conductas, modifiquen tipos existentes, o aumenten las penas de delitos establecidos en la normatividad penal, habrá de acudir al Congreso de la República, para que este órgano le confiera carácter permanente a las reformas realizadas.

Esto no significa que los mecanismos punitivos creados en la emergencia no tengan validez desde su expedición. La lógica de la adopción de las medidas descritas es otorgar el suficiente margen de maniobra al Gobierno para enfrentar una crisis de manera ágil y expedita. Pero, como se dijo, la vigencia de la norma a largo plazo requeriría de la voluntad del legislador.

Sobre el límite temporal de las medidas punitivas dictadas al amparo de la emergencia económica y social, la Corte señaló lo siguiente en la sentencia C-224 de 2009:

Como el reconocimiento de la temporalidad de las normas penales expedidas por el legislador extraordinario durante la emergencia, tiene como fundamento esencial la reserva de ley (principio de estricta legalidad) propio del Estado democrático, la Corte encuentra aplicable la

misma regla establecida para la vigencia de las medidas tributarias (principio democrático) contenida en el artículo 215 de la Constitución.

En efecto, tal precepto constitucional establece que los decretos de emergencia “podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente les otorgue carácter permanente”.

Esta regla constitucional da respuesta idónea a la dificultad planteada. Dado que los tributos en principio sólo pueden ser establecidos por el legislador ordinario, el Constituyente de 1991 si bien permitió al Ejecutivo establecer o modificar los tributos con el objeto de responder con oportunidad ante situaciones de emergencia, le impuso a la vez carácter transitorio a la vigencia de tales medidas con la finalidad de salvaguardar el principio democrático. Para la permanencia de dichas reformas tributarias, el artículo 215 superior facultó al Congreso para hacerlo durante el año siguiente. En caso contrario, la medida legislativa expedida por el legislador extraordinario dejará de tener vigencia.

De esta manera, la creación, adición o modificación de tipos penales o el aumento de penas durante el estado de emergencia, tienen vigencia de un año después de la expedición del decreto legislativo correspondiente, a no ser que el Congreso de la República les “otorgue carácter permanente”.

Debe precisarse que el carácter transitorio de las medidas legislativas penales adoptadas durante el estado de emergencia, no pueden asimilarse integralmente a las propias del estado de conmoción interior dadas las particularidades que ofrece el artículo 215 de la Constitución. De ahí que por ejemplo no sea posible extraer para esta situación las mismas consecuencias de la existencia de un derecho penal simbólico.

La Corte, entonces, concluye que en el evento que una norma penal expedida durante el estado de emergencia resulte ajustada a los requisitos descritos en los apartados anteriores, será menester condicionar su exequibilidad a que la medida legislativa pierda vigencia un año después de expedida, salvo que el Congreso le otorgue carácter permanente

Por lo anterior, la Corte concluye que en caso de que una medida penal, sea consistente con los requisitos y juicios descritos en los apartados anteriores, será necesario, en todo caso, condicionar su constitucionalidad a que la medida pierda vigencia un año después de expedida, bajo la excepción de que el Congreso le conceda carácter permanente.

Habiendo descrito el régimen a aplicar a las medidas penales adoptadas en una emergencia económica, social o ecológica, pasa la Corte a aplicar estos criterios al Decreto 4449 bajo análisis en la presente ocasión.

Análisis del Decreto 4449 de 2008. Inexequibilidad de la medida por ausencia de conexidad con el Decreto 4333 de 2008.

4.1. Procede la Corte a analizar el Decreto 4449 de 2008, de acuerdo a los parámetros descritos en los apartados anteriores. En primer lugar, se realiza un resumen de los elementos de juicio que llevaron a la declaración del estado de emergencia social y los argumentos por los que el Gobierno considera que las medidas analizadas en la presente ocasión guardan conexidad con la crisis que se intenta superar.

4.1.1. La emergencia declarada mediante el Decreto 4333 de 2008, se fundamentó, según los considerandos del mismo decreto, en la *“proliferación... de manera desbordada en todo el país”, de “modalidades de captación o recaudo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades.”* A su vez, dado el peligro que dichas actividades ilegales tienen para la protección del capital que *“un número importante de ciudadanos”* ha *“entregado”* a los mencionados captadores o recaudadores ilegales, el fenómeno pone en riesgo a *“muchos ciudadanos”* de *“comprometer su patrimonio”*. A su turno, dicho fenómeno dejaría *“a los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social.”*

Los considerandos del Decreto 4333 de 2008 indican también que “*distintas autoridades judiciales y administrativas*” han tomado “*acciones y medidas*” para contrarrestar las “*operaciones no autorizadas*” de “*dichos captadores o recaudadores de dineros del público*”. No obstante, “*se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes*” a confrontar “*esta situación de forme inmediata*”. Dentro de dichos instrumentos, se cita la necesidad de “*ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente Decreto*”

Teniendo en cuenta los considerandos señalados por el Gobierno en el decreto declaratorio, la autorización excepcional para legislar en materia penal surgida al amparo de la emergencia social se circunscribe a la posible penalización de conductas “*sofisticadas*” que escaparon al control de las autoridades y por lo mismo no pudieron ser sancionadas a la luz de las normas penales vigentes.

Por su parte, en la intervención del Superintendente Financiero en el proceso de constitucionalidad del Decreto declarativo de la emergencia social, dicho funcionario indicó que los “*sofisticados*” instrumentos utilizados por los captadores y recaudadores ilegales impiden a las entidades competentes “*construir un acervo probatorio complejo*” que permita la intervención de los captadores o recaudadores ilegales. El Superintendente afirma que del acervo probatorio es necesario establecer “*a) la prueba suficiente de la existencia de las obligaciones objeto de captación masiva y habitual; b) la naturaleza de los negocios jurídicos celebrados por el investigado; c) la situación patrimonial del posible captador a través de un análisis financiero fidedigno y confiable; y d) la expedición de un acto administrativo sólido y debidamente soportado.*”

Según el Superintendente, la mencionada sofisticación de las actuaciones de los captadores y recaudadores ilegales incluye mecanismos “*de tipo legal*” que “*disfrazan*” sus actuaciones “*con ropaje de legalidad*”, entre otras, conformando “*sociedades regulares*” y suscribiendo contratos “*escondiendo la captación*” en operaciones lícitas. Dichas estrategias, además del hecho que “*el delito de captación ilegal de recursos del público podía ser excarcelable*”, llevaba a que “*expertos abogados*”, ayudaran a

sus clientes a evadir procesos en contra suya y a evitar la imposición de penas privativas de la libertad.

La sofisticación también incluye un “*modus operandi*” de acuerdo al cual los captadores ilegales maniobran de forma “*volátil*” con el fin de “*no dejar rastro de sus actividades ilegales*”. Los delincuentes “*no dejan bases de datos consolidadas de sus clientes dificultándose la prueba de algunos de los supuestos necesarios para determinar la captación ilegal*”. Indica que las actividades ilegales mencionadas “*se adelantan de manera informal, no existen libros y papeles del comerciante o demostración de las conductas realizadas, los estados financieros no son preparados conforme a la ley, no cuentan con soportes correspondientes y no tienen auditoria, las transacciones se efectúan en efectivo y por ende no quedan rastros documentales para su seguimiento, de modo que el conjunto de elementos que constituyen la evidencia probatoria recaudada [...] es muy limitada*”.

En suma, teniendo en cuenta los considerandos del Decreto declaratorio y la intervención del Superintendente Financiero, la crisis social que el Gobierno intenta conjurar se sintetiza en lo siguiente:

Se constata una proliferación desbordada de captadores y recaudadores ilegales de recursos del público.

Dichas organizaciones utilizan sofisticados sistemas de evasión, que explotan los huecos de la normatividad y no dejan rastro de las transacciones realizadas.

Entre otras dificultades encontradas por el Gobierno para identificar, investigar e intervenir a los captadores ilegales, se constata que éstos realizan grandes movimientos de dinero en efectivo, lo cual hace invisibles las transacciones realizadas.

Dada la cantidad de personas que han entregado dinero a los captadores y recaudadores ilegales, el presente fenómeno puede generar una grave crisis social.

El considerando incluido en el Decreto 4449 de 2008, también habla de la necesidad de aumentar las penas para quienes incurran en el delito de omisión de control. Esta medida no guarda relación de conexidad externa con las causas que originaron la emergencia social, como quiera que ni en los considerandos, ni en las pruebas aportadas al proceso de revisión del Decreto 4333 de 2008, se señaló que las penas existentes fueran insuficientes, o que las penas previstas en las normas impidieran controles efectivos sobre las actividades financieras o facilitaran su evasión. La actividad novedosa y sofisticada, la simulación de actividades comerciales legales para encubrir actividades ilícitas que habían escapado a los controles existentes, fueron los argumentos señalados por el gobierno como justificación de la emergencia y aceptados por la Corte Constitucional en la sentencia C-224 de 2009. Sobre este punto volverá la Corte más adelante.

4.1.2. Los objetivos y la materia del Decreto 4449 de 2008 han sido descritos por el Gobierno de la siguiente manera:

Primero, en los considerandos del Decreto 4449 de 2008, se dice que *“la posesión, movilización y almacenamiento de recursos en efectivo sin el respectivo reporte a las autoridades competentes, por parte de quienes están obligados a hacerlo, son comportamientos que suelen concurrir en la comisión de conductas punibles referidas a la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal, y que en consecuencia se hace necesario tipificar, para personas obligadas a reportar, diferentes a los empleados o administradores de instituciones financieras, la falta de reporte como conducta sancionable desde punto de vista penal y aumentar las penas para quienes incurran en el delito de omisión de control.”*

Segundo, en relación con las intervenciones del Gobierno en el presente proceso, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, indica que *“la captación de recursos del público, por sus condiciones de trazabilidad, carencia de documentación y ausencia de prueba, las cuales han dificultado su detección oportuna por parte de las autoridades, exigen un marco legal adecuado que permita controlar el movimiento, almacenamiento y posesión de efectivo por parte de todos los sectores de la economía.”*

Indica que debido a la falta de “trazabilidad” de las transacciones en efectivo de los captadores ilegales, es “*indispensable e imperioso adoptar medidas con el objeto de reflejar en la legislación penal el grado de afectación que todas estas conductas que se relacionan con*” el manejo de recursos en efectivo, asegurando “*mayor eficacia de la acción penal, en la medida en que se actúa sobre todo el fenómeno y no exclusivamente sobre la captación masiva y habitual.*”

La asesora de la Secretaría Jurídica afirma que las normas bajo análisis buscan “*ajustar las consecuencias punitivas de este comportamiento*” y de esta manera “*fortalec[er] los esquemas de reporte sobre transacciones y manejo de efectivo que establezca la Unidad de Información y Análisis Financiero, respecto de algunos sectores, como soporte básico de las políticas de lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo [...].*”

Así mismo, el concepto de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que defiende la constitucionalidad del Decreto 4449 de 2008, indica que “*es necesario consolidar el cumplimiento diligente [...] de los reportes sobre operaciones en efectivo a la UIAF [...].*” Esto, pues “*es a partir del reporte que emiten los sujetos obligados que se activan los mecanismos de detección, control e investigación del lavado de activos y la financiación del terrorismo.*” En su opinión, es de la mayor importancia obligar a realizar efectivamente los reportes mencionados “*reprimiendo penalmente*” a los sujetos obligados a ello que no lo hagan.

Así, aunque “*existen [...] controles, medidas y sanciones administrativas hasta cierto punto eficientes, [...] la norma propuesta tiene como fin teleológico abarcar no sólo a los sectores financieros y cooperativas que ya se encuentran incluidos en el artículo 325 de la Ley 599 de 2000, sino además a los sujetos pertenecientes a todos los sectores económicos que se encuentran legalmente obligados a reportar a la UIAF operaciones en efectivo. || Esta medida busca además desestimular las operaciones que involucren pagos de dinero en efectivo en la economía, con la concomitante consecuencia que se tienda que canalizar el efectivo a través de un sistema supervisado como el financiero o solidario, cerrando así algunas de las brechas que actualmente están siendo utilizadas por la*

delincuencia como amplios corredores ilegales que involucran manejo en efectivo de dinero ilícitos.

En síntesis, según los considerandos y las intervenciones precitados,

El Decreto 4449 de 2008, regula penalmente la omisión de control en los distintos manejos de dinero en efectivo.

Dicha materia es relevante para conjurar la crisis social excepcional, pues los captadores ilegales realizan comúnmente operaciones de dinero en efectivo, lo cual impide el control, la investigación y la intervención de parte de las autoridades gubernamentales.

Según todos los intervinientes en este proceso, el Decreto mencionado, tiene como objetivo desestimular la evasión del control estatal de los manejos de dinero en efectivo, al (a) ampliar el sujeto activo del delito de omisión de control, (b) aumentar las penas por dicho delito, y (c) crear un nuevo tipo que no se limite a penalizar a los empleados de las entidades financieras.

De los considerandos y las intervenciones en este proceso si bien no es posible concluir que lo que se busca con las medidas bajo análisis es castigar directamente a los captadores ilegales que no reporten los movimientos en efectivo, si es posible observar que la medida está orientada a asegurar el cumplimiento de las obligaciones de reporte de transacciones en efectivo, así como mejorar los controles sobre el movimiento de grandes cantidades de efectivo dentro del territorio nacional y de esta forma fortalecer los controles de las autoridades.

Sobre la necesidad de aumentar las penas para el delito de omisión de control, la motivación del gobierno es insuficiente, como quiera que no estableció la necesidad de esta medida con las causas que originaron la emergencia, ni se aportó prueba alguna que permita establecer tal conexidad. Tampoco existe sustento en el decreto declaratorio.

4.2. Como se dijo en el apartado 2 de esta sentencia, el juicio de conexidad material ordena que las medidas adoptadas se refieran a la misma materia que justificó la declaratoria del estado de

excepción. Respecto de las medidas concebidas en un estado de emergencia económica y social, la conexidad ha de ser definida de acuerdo a dos elementos:

Las medidas deben estar dirigidas *exclusivamente* a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. De esta manera, el objetivo de las medidas únicamente ha de ser el superar la emergencia por la que se declaró la excepción

En cuanto a la materia sobre la cual tratan las medidas adoptadas, ésta ha de tener una relación *directa y específica* con los temas de que trata la crisis a afrontar. No son aceptables constitucionalmente las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia inmediata (en términos causales) y concreta con el estado de emergencia

4.3. La Corte considera que, en aplicación de los requisitos precitados, las medidas adoptadas por el Decreto 4449 de 2003 no guardan conexidad material con los motivos por los cuales se declaró el estado de emergencia. Las modificaciones al Código Penal analizadas se realizan respecto de materias que en estricto sentido son ajenas al delito de captación ilegal de recursos del público.

4.3.1. En primer lugar, como bien lo reconoce el Gobierno, las conductas descritas en el artículo 4449 de 2008 son realizadas por un grupo de delincuentes más amplio que el de los captadores ilegales. En efecto, todas las intervenciones del Gobierno en el presente proceso afirman que los tipos descritos están diseñados para contrarrestar, entre otros fenómenos criminales, el lavado de activos. Como bien se sabe, los lavadores de activos incluyen a todo tipo de delincuentes, tales como narcotraficantes, contrabandistas, traficantes ilegales de armas, y ciertamente, captadores ilícitos de recursos. Dado que la norma bajo estudio apunta a contrarrestar una actividad mucho más amplia que la captación ilegal, viola el requisito según el cual los decretos con fuerza de ley dictados por el presidente han de estar “*destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos*” (segundo inciso del artículo 215 de la Carta).

A su vez, aplicando los requisitos descritos en el apartado 3.2.3.2. de esta sentencia, la norma mencionada fracasa entre otros en los juicios de definición material de los bienes jurídicos y de la relación de conexidad respecto de los sujetos activos de los hechos punibles. Esto, pues los sujetos activos de las normas punitivas bajo examen no se limitan a las personas estrictamente relacionadas con la captación y recaudo ilegal sino que, por propia aceptación de los intervinientes, abarcan un grupo de individuos más amplio que no tiene contacto con el fenómeno que se intenta contrarrestar. El objetivo de las medidas es castigar a más gente que la que está motivando la crisis.

Ahora bien, la Corte no desconoce que distintos fenómenos criminales pueden estar relacionados entre sí, y que por ello es necesario adoptar medidas que ataquen simultáneamente diferentes eslabones de la cadena criminal. En el caso específico, existe suficiente documentación que demuestra que el narcotráfico, el contrabando, la trata de blancas, el tráfico de armas y el lavado de activos son comportamientos que están íntimamente conectados y hacen parte de diferentes niveles de un gran fenómeno delictivo de escala transnacional. Bajo este contexto, la captación ilegal de recursos puede ser tratada como un delito que se circunscribe, no a un suceso penal individual e independiente, sino a una manifestación descentralizada y multinivel de lavado de activos. Aunque ello no se afirma de manera explícita en las intervenciones en este proceso, la Corte reconoce que, posiblemente, la razón por la cual la captación ilegal de recursos se convirtió en un delito que desbordó las competencias ordinarias del Estado, es que pasó a ser parte de un fenómeno más amplio, complejo y difícil de contrarrestar como lo es el lavado de los activos del narcotráfico.

Sin embargo, esta realidad no constituye una justificación constitucional para que mediante un decreto de estado de excepción respecto de una conducta penal específica, el Gobierno modifique la normatividad criminal para combatir las varias y graves expresiones de delincuencia del país. Crímenes como el narcotráfico, el contrabando y el lavado de activos, deben ser enfrentados por una estrategia que es integral y comprensiva, pero que hace parte de los mecanismos ordinarios con que cuentan las autoridades para estos fines.

Los medios extraordinarios han de estar específicamente delineados para contrarrestar la anomalía que requirió de una respuesta urgente, la cual es, en la presente ocasión, la captación ilegal de recursos. Así en este caso el Decreto 4449 de 2008 peca por no estar trazado de manera suficientemente concreta, y por no especificar los sujetos activos en los que recaía la modificación penal, en referencia al peligro urgente que había de enfrentarse.

4.3.2. Relacionado con el argumento anterior, la Corte concluye que la materia de la cual trata el Decreto revisado no está conectado directa y concretamente al asunto por el cual se declaró la emergencia social. Esto viola el requisito según el cual los decretos expedidos para superar la crisis “*deberán referirse a materias que tengan una relación directa y específica con el estado de emergencia [...]*” (tercer inciso del artículo 215 de la Carta).

Como se observó, la materia regulada por la medida que se analiza corresponde al delito de omisión de control. Esta es un tema distinto al de la captación ilegal de recursos del público y a sus consecuencias sociales. El vínculo entre estas dos materias corresponde a que el manejo de dinero en efectivo, y en consecuencia, la evasión de su control, es uno de los mecanismos que dificultan la investigación del comportamiento de captación ilegal.

Así, la relación entre las dos materias está mediada por (i) que la modificación penal desestímule la omisión de reportar los movimientos en efectivo, (ii) que esto lleve a que existan mejores registros de las actividades realizadas por los delincuentes, y (iii) que a su turno, ello resulte en un mayor acervo probatorio respecto del delito de captación ilegal de recursos, y así, en mejores herramientas para controlar, investigar e intervenir a dichos negocios ilícitos. Otra posible relación es que (i) el desestímulo descrito, (ii) aumente los riesgos de manipular dinero en efectivo sin control, y, (iii) asumiendo que el manejo de dinero en efectivo es esencial para el funcionamiento de la captación ilegal, esto contribuya a un desestímulo de ese mismo delito.

Como se observa, el vínculo entre los dos asuntos es indirecto. Se trata de comportamientos punibles distintos, que para tener relación entre sí, necesitan de la satisfacción de supuestos ajenos a la captación ilegal y masiva de dineros del público. Esto a su vez, lleva a que las medidas analizadas no respeten los juicios de necesidad y acerca de una perturbación concreta, grave e inminente relativos a la constitucionalidad de las normas punitivas expedidas en estados de emergencia económica, social o ecológica.

4.4. Las dos razones anteriores llevan a concluir que no existe una conexidad y una relación suficiente entre el Decreto 4449 de 2008 que creó las medidas punibles analizadas en la presente ocasión, y el Decreto 4333 de 2008, que declaró el estado de emergencia social. Por ende, las medidas revisadas son inexecutable. Así se resuelve en esta sentencia, sin que sea necesario continuar con los demás pasos metodológicos enunciados en esta sentencia'

DECISIÓN

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,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto 4449 de 2008.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e.)

Con salvamento de voto

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrada (e.)

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General Ad hoc

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-225 DE 2009

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Aplicación rigurosa de requisito de conexidad material privó a las autoridades de una herramienta eficaz en la lucha contra el delito que motivó la emergencia (Salvamento de voto)

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Cumple requisito de conexidad material con decreto que declaró el Estado de Emergencia (Salvamento de voto)

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE TIPIFICA LA CONDUCTA DE OMISION DE REPORTES SOBRE TRANSACCIONES EN EFECTIVO Y MODIFICA EL DELITO DE OMISION DE CONTROL-Debió analizarse frente al requisito de necesidad (Salvamento de voto)

La Corte estimó que las conductas descritas en los tipos penales a que se refería el Decreto Legislativo 4449 de 2008 no presentaban una relación de conexidad directa y específica con los motivos por los cuales se había

declarado el estado de emergencia social, al resultar ajenas al delito de captación ilegal de recursos del público y referirse más bien al ilícito de lavado de activos, entendiéndose que el requisito de conexidad exigía que las medidas adoptadas por el ejecutivo mediante decretos legislativos estuvieran dirigidas “exclusivamente” a conjurar la crisis y a evitar la extensión de sus efectos, y que además dichas medidas debían tener una relación “directa y específica” con los problemas que habían originado la crisis. En consecuencia, como la emergencia social había tenido como causa el fenómeno de la captación ilegal de recursos de manos del público, y no otro tipo de delitos, los tipos penales consagrados en el Decreto legislativo mencionado no presentaban una relación de conexidad satisfactoria. No obstante, si bien el examen del requisito de conexidad fue impecable desde el punto de vista de la argumentación lógica, resulta desligado de la realidad, pues se ignoró en forma ingenua que las estructuras delincuenciales pueden estar relacionadas entre sí y que de hecho usualmente lo están, por lo cual es razonable adoptar medidas que permitan a las autoridades detectar y suspender las actividades delictivas en cualquier momento de la cadena de ilícitos que se suelen presentar. Por lo tanto y en cuanto hace al requisito de necesidad, que exige que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional durante los Estados de Excepción sean imprescindibles, tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico, para conjurar la situación que dio origen a la declaratoria de dicho estado excepcional, cabía hacer una diferencia, pues si bien la medida prevista en el artículo 1° del Decreto del presente proceso, no era necesaria, la del artículo 2° era claramente necesaria para que las autoridades pudieran detectar, prevenir y detener la comisión del delito de captación ilegal de recursos del público.

Referencia: expediente RE-140

Revisión constitucional del Decreto 4449 de 2008 “*Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal.*”

Magistrada Ponente: Clara Elena Reales Gutiérrez

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación, salvamos voto en el asunto de la referencia, con fundamento en las siguientes consideraciones jurídicas, que en su momento fueron expuestas durante la discusión de la Sentencia:

1. El Decreto Legislativo 4449 de 2008 en sus artículos 1° y 2° modificaba el Código Penal así:

El artículo 1° incrementaba la pena prevista para el ilícito de omisión de control; ciertamente, el artículo 325 del Código Penal la fija en prisión entre dos a seis años y multa de cien a diez mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, al paso que el Decreto legislativo la establecía en prisión entre treinta y ocho a ciento veintiocho meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres a quince mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, este mismo artículo 1° primero ampliaba el sujeto activo del delito, pues en la legislación penal ordinaria (Código Penal) es el “*empleado o director*” de institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, al paso que en artículo 1° del Decreto legislativo era “*el empleado o administrador*” de este tipo de instituciones.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto legislativo 4449 de 2008 creaba un tipo penal nuevo, para lo cual se añadía al Código Penal el artículo numerado como 325A, inexistente hasta entonces. El propósito de la creación de este nuevo tipo penal, según fue explicado por el Gobierno en su intervención durante el proceso, era obligar a personas de distintos sectores de la economía, y no exclusivamente del sector financiero, que eventualmente podrían ser utilizados para canalizar recursos provenientes de actividades ilícitas, entre ellas la captación ilegal de recursos de manos del público, a colaborar con las autoridades reportando las transacciones en dinero efectivo, o la movilización o almacenamiento del mismo, a la Unidad de Información y Análisis Financiero. Para ello se establecía que quien, estando obligado a hacerlo, omitiera el cumplimiento de esta obligación de reporte, incurriría en el delito tipificado en la nueva norma penal.

La mayoría estimó que si bien el Ejecutivo durante el estado de emergencia social estaba habilitado para expedir decretos creando o modificando tipos penales, siempre y cuando se entendiera que las medidas legislativas adoptadas tendrían vigencia de un año contado a partir de la vigencia del decreto, salvo que el Congreso les otorgara carácter permanente, las conductas descritas en los tipos penales a que se refería el Decreto Legislativo 4449 de 2008 no presentaban una relación conexidad directa y específica con los motivos por los cuales se había declarado el estado de emergencia social, al resultar ajenas al delito de captación ilegal de recursos del público y referirse más bien al ilícito de lavado de activos.

Ciertamente, entendió la mayoría que el requisito de conexidad exigía que las medidas adoptadas por el ejecutivo mediante decretos legislativos adoptados durante estados de emergencia social estuvieran dirigidas “*exclusivamente*” a conjurar la crisis y a evitar la extensión de sus efectos, y que además dichas medidas debían tener una relación “*directa y específica*” con los problemas que habían originado la crisis. Y que en el caso de los delitos que se tipificaban mediante los artículos 1° y 2° del Decreto legislativo 4449 de 2008 no se cumplía con esta conexidad exclusiva, directa e inmediata, porque las conductas descritas en dichos tipos podían ser realizadas por un “*grupo de delincuentes más amplio que el de los captadores ilegales*”. Esos tipos penales estaban diseñados para contrarrestar no sólo el delito de captación ilegal, sino otros más, especialmente el de lavado de activos. Como la emergencia social declarada por el Gobierno había tenido como causa el fenómeno de la captación ilegal de recursos de manos del público, y no otro tipo de delitos, los tipos penales consagrados en el Decreto legislativo mencionado no presentaban una relación de conexidad satisfactoria.

Al parecer, la decisión de la Sala tomó pie en un examen del requisito de conexidad que si bien puede ser impecable desde el punto de vista de la argumentación lógica, resulta desligado de la realidad. Aunque la sentencia de la que nos apartamos diga lo contrario, la Corte ignoró en forma ingenua que las estructuras delincuenciales pueden estar relacionadas entre sí y que de hecho usualmente lo están, por lo cual es razonable adoptar medidas que permitan a las autoridades detectar y suspender las actividades delictivas en cualquier momento de la cadena de ilícitos que se suelen presentar. Lo anterior, con más razón durante los estados de excepción, cuando justamente la Carta prevé un reforzamiento transitorio del principio de

autoridad, a fin de dotar al Gobierno de facultades que le permitan cumplir con sus funciones constitucionales de restablecer el orden público.

Así pues, no nos es posible compartir las consideraciones de la sentencia que llevaron a estimar que los artículos 1° y 2° del Decreto legislativo 4449 de 2008 no cumplían con el requisito de conexidad material.

Empero, estimamos que en cuanto al requisito de *necesidad*, que exige que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional durante los Estados de Excepción sean imprescindibles, tanto desde un punto de vista fáctico como desde uno jurídico, para conjurar la situación que dio origen a la declaratoria de dicho estado excepcional, cabía hacer una diferencia. En lo que concierne al artículo 1° del Decreto sobre el que versaba el presente proceso, estimamos que la medida adoptada por el legislador excepcional no era necesaria. En efecto, el tipo penal a que se refería dicho artículo ya existía en el ordenamiento jurídico, y las modificaciones introducidas mediante el ejercicio de las facultades del ejecutivo no era tan relevantes, hasta el punto que pudiera pensarse que sin las mismas no hubiera sido posible restaurar el orden público o evitar la propagación de los efectos de la conmoción. Ciertamente, como se dijo, dicho artículo 1° simplemente incrementaba la pena prevista para el ilícito de omisión de control, y modificaba el sujeto activo, que del “*empleado o director*” de institución Financiera o de Cooperativas pasaba a ser “*el empleado o administrador*” de este tipo de instituciones. Estos cambios no eran de tal envergadura que pudiera pensarse que sin ellos la norma existente en la legislación penal ordinaria fuera inane para perseguir el delito que dio origen a la declaratoria de conmoción. En tal sentido no eran necesarios.

No ocurría lo mismo con el delito a que se refería el artículo 2° del Decreto 4449 de 2008. En ese caso se trataba de un tipo penal nuevo, inexistente hasta entonces, mediante el cual se pretendía lograr que todas aquellas personas de diversos sectores de la economía y no sólo del sector financiero, como podían haber sido aquellas vinculadas a la actividad de transporte de valores, de juegos de suerte y azar, profesionales de compra y venta de divisas, notarios, registradores, etc., obligadas a reportar transacciones en efectivo, fueran responsables del nuevo delito cuando deliberadamente omitieran el cumplimiento del deber jurídico de hacer los reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero.

A nuestro parecer se trataba de una medida claramente *necesaria* en el estado actual de cosas, sin la cual las autoridades competentes tendrán dificultades para detectar, prevenir y detener la comisión del delito de captación ilegal de recursos del público. Infortunadamente, el exceso de rigor en el examen del requisito de conexidad hizo que esta medida claramente necesaria para superar la emergencia social o para prevenir la extensión de sus efectos fuera retirada del ordenamiento, privando así a las autoridades de una herramienta sin la cual difícilmente obtendrán en el corto plazo resultados satisfactorios en la lucha contra este flagelo que dio origen a la referida emergencia.

En los términos anteriores se dejan expresadas las razones de nuestra discrepancia.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e)

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JUAN CARLOS HENAO A LA SENTENCIA C-225 DE 2009

DECRETOS LEGISLATIVOS EN ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL O ECOLOGICA-Imposibilidad de que a

través de estos se creen o amplíen tipos penales/**PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA**-Inexistencia (Aclaración de voto)

PODER PUNITIVO EN ESTADO DE EXCEPCION-Se predica sólo del estado de conmoción interior (Aclaración de voto)

RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL-Impide la adopción de medidas legislativas penales en estado de emergencia económica, social o ecológica (Aclaración de voto)

Referencia: RE- 140

Revisión Constitucional del Decreto Legislativo 4449 de 2008 “por el cual se adiciona y modifica el Código Penal.”

Magistrado Ponente:

**CLARA ELENA REALES
GUTIÉRREZ**

La sentencia aprobada por la Sala en el proceso de la referencia resolvió “Declarar la INEXEQUIBILIDAD del Decreto 4449 de 2008, ‘Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal’”. Si bien comparto la decisión adoptada, aclaro mi voto para precisar sus alcances.

Luego de la revisión del tema, se observó que no existe una relación de conexidad material entre el decreto que declara la emergencia social, a saber el Decreto 4333 de 2008, y el mandato bajo estudio. Esto, teniendo

en cuenta que el Decreto 4449 de 2008 tiene como fin modificar y adicionar normas relacionadas con el delito de omisión de control y no existe prueba o motivación por parte del gobierno que demuestre la conexidad con las causas que originaron la emergencia que dio lugar a la aplicación del artículo 215 de la Constitución Política.

Ahora, si bien comparto la decisión tomada por la Sala, me encuentro en desacuerdo con la *ratio decidendi* de la misma. Al respecto debo reiterar mi posición expuesta en el salvamento de voto de la sentencia C-224 de 2009. En esa oportunidad manifesté mi discrepancia con la parte motiva del pronunciamiento, arguyendo que existe una imposibilidad, desde el punto de vista constitucional, de que el ejecutivo, dentro de un Estado de Emergencia económica, social o ecológica, cree o amplíe tipos penales.

En dicho salvamento, manifesté lo siguiente, que ahora reitero:

“1. El artículo 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción no aplica al Estado de emergencia económica, social o ecológica. Lo anterior, porque no existe una autorización expresa para que mediante este último Estado se puedan crear o ampliar tipos penales.

2. La interpretación en materia de competencias para el ejecutivo en los Estados de Excepción tiene que ser restrictiva y por ella allí donde no haya competencia expresa, no se puede aplicar la analogía.

3. El carácter transitorio con el cual el artículo 44 de la Ley 137 de 1994 permitió la inclusión o ampliación de tipos penales en los decretos legislativos que desarrollaran la Conmoción Interior, muestra claramente la intención de la ley para que dicha posibilidad, aún allí donde es permitida, fuera claramente delimitada y restringida. No en vano se estableció para esta hipótesis excepcional que las facultades punitivas de los decretos legislativos de Conmoción Interior tuvieran restricción temporal.

4. Permitir que mediante el Estado de emergencia económica, social o ecológica se puedan tipificar delitos, atenta frontalmente contra el postulado en virtud del cual es al legislador a quien corresponde establecer, como órgano deliberativo y democrático, los delitos y las penas. No se puede admitir bajo la Constitución de 1991 que mediante el Estado de emergencia económica, social o ecológica de configuración mas amplia que el de Conmoción Interior, se pueda dar la posibilidad a otra rama del poder de establecer penas, pues con ella se atacaría no solo el principio de reserva legal en la materia, sino el del debate democrático incite a la fijación de las penas.”

Por las anteriores razones aclaro respetuosamente el voto respecto de la motivación de la decisión mayoritaria.

Fecha et supra,

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO
ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-225 DE
2009**

Referencia: Expediente RE-140

Revisión constitucional del Decreto Legislativo 4449 de 2008 “*Por el cual se modifica y adiciona el Código Penal*”.

Magistrada Ponente:

CLARA ELENA REALES
GUTIÉRREZ

En la parte resolutive de este fallo la Sala Plena decidió declarar inexecutable el Decreto Legislativo 4449 de 2008 “*Por el cual se modifica y adiciona el Código Penal*”. Si bien comparto la decisión adoptada considero necesario aclarar mi voto por las razones que paso a exponer.

De conformidad a lo señalado en el artículo 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción durante el *estado de conmoción interior* se pueden tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos. La misma disposición establece importantes restricciones al ejercicio del poder punitivo por parte del Ejecutivo, las cuales igualmente han sido precisadas por la jurisprudencia de esta Corporación, especialmente en la sentencia C-939 de 2002.

Considero que esta previsión normativa se circunscribe al estado de conmoción interior y no puede extenderse al estado de emergencia, en cualquiera de sus modalidades –social, ecológica o económica–. En primer lugar, porque las facultades excepcionales en cabeza del Presidente deben ser regladas y tener un claro origen normativo, por lo tanto no pueden ser aplicadas de manera analógica las facultades expresamente previstas para el estado de conmoción interior al estado de emergencia

social. Máxime cuando cada estado de excepción tiene particularidades que lo distinguen y diferencian de los otros, en esa medida la atribución excepcional de configurar ilícitos penales puede resultar ajustada al estado de conmoción interior, el cual está previsto para enfrentar graves perturbaciones al orden público, pero no resulta necesaria ni proporcional para enfrentar las circunstancias de índole social, económica o ecológica que dan lugar a la declaratoria del estado de emergencia social.

En segundo lugar cabe recordar que uno de los principales alcances del principio de legalidad en materia penal es que tanto la definición de la conducta típica, como la sanción deben estar señaladas por la ley y en este caso se entiende por ley la norma producida por el órgano representativo y deliberativo, el Congreso de la República, al cual le corresponde decidir las intervenciones en el derecho a la libertad personal que en definitiva supone el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en esta esfera. En tal sentido esta Corporación de manera reiterada ha señalado que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: *“nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”*. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. En consecuencia la intervención del Ejecutivo en la definición de los ilícitos penales y de su sanción es excepcional, y en nuestro ordenamiento sólo esta expresamente prevista bajo el estado de conmoción interior, como antes se dijo.

En tercer lugar, los decretos legislativos expedidos bajo el estado de conmoción interior tienen una vigencia limitada, por consiguiente el ejercicio de la potestad de configuración en materia penal por parte del Gobierno resulta restringido temporalmente, lo que refuerza el carácter excepcional y transitorio del ejercicio de esta atribución. Mientras que los decretos expedidos bajo los estados de emergencia tienen una vocación de permanencia, razón por la cual las modificaciones introducidas al

ordenamiento penal quedarían incorporadas de manera definitiva, en franco detrimento del principio de legalidad en materia penal.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado