Sentencia C-226/09

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Examen formal

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Examen material

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Modifica tipo penal de usura/DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Amplia el tipo penal de usura

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Orientación del juicio de constitucionalidad

La Corte ha señalado que el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, debe orientarse a establecer, en primer lugar, la relación de conexidad material de las medidas adoptadas con las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, así como la especificidad de las mismas, valoración que comprende el análisis de la finalidad y la necesidad de las medidas, constatando, cuando sea del caso, si existe motivación suficiente para imponer limitaciones a los derechos constitucionales; si las normas ordinarias suspendidas son incompatibles con el correspondiente estado de excepción y si las medidas expedidas son proporcionales, tanto en relación con la gravedad de la situación, como con el tipo de limitaciones que impongan al ejercicio de las libertades.

PACTO DE RETROVENTA-Definición y alcance/PACTO DE RETROVENTA-Modalidad contractual lícita

El pacto de retroventa es una figura prevista en el Código Civil, y definida como un pacto por el que el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando al comprador la cantidad determinada que se haya estipulado, o, en su defecto, la que haya costado la compra. En otros términos, el pacto de retroventa consiste en una venta sometida a condición resolutoria, mediante el ejercicio del derecho de retracto que se reserva el vendedor. En muchas legislaciones esta modalidad contractual ha sido proscrita, precisamente, porque se presta para eludir los límites legales a las tasas de interés o camuflar la usura, y si bien la venta con pacto de retroventa es una modalidad contractual lícita que puede atender a

finalidades legítimas, no es menos cierto que puede prestarse para disimular o encubrir actividades de crédito por fuera de los parámetros legales.

CREDITO FORMAL-Concepto/CREDITO INFORMAL-Concepto/CREDITO INFORMAL-Modalidades/CREDITO INFORMAL-Fuentes

ESTADOS DE EXCEPCION-Marco normativo/EMERGENCIA SOCIAL-Tipificación penal de conductas y aumento y reducción de penas

EMERGENCIA SOCIAL-Límites en tipificación penal de conductas

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

Dado que, en el estado de emergencia, con las limitaciones propias de los estados de excepción, el gobierno tiene, para hacer frente a la crisis, las facultades propias del legislador ordinario, está, en principio, habilitado para expedir normas que creen o modifiquen tipos penales, siempre y cuando se establezca que se satisfacen los requisitos de finalidad, especificidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, que en general se predicen de las que se adopten durante los estados de excepción, pero que tienen particular relevancia cuando se trata de medidas de carácter penal, en virtud de la afectación del principio de legalidad que de manera especial rige en esta materia. Sobre este particular, si bien el Ejecutivo, durante el estado de emergencia social, está habilitado para expedir decretos creando o modificando tipos penales con la finalidad de responder pronta y adecuadamente a la grave alteración del orden social, bajo los estrictos límites que imponen la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, es preciso tener en cuenta que, dados los intereses superiores en juego, el ejercicio excepcional de esa potestad punitiva durante la emergencia social está sometido tanto a límites materiales como temporales.

ESTADOS DE EXCEPCION-Limitaciones temporales de normas expedidas/EMERGENCIA SOCIAL-Vigencia temporal de normas expedidas/NORMAS DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Competencia para convertirla en legislación permanente

Las limitaciones que surgen de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 6º, 28, 29, 93, 213, 214 y 215 de la Carta y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, imponen al Ejecutivo, como legislador excepcional en materia penal durante la emergencia social, los mismos

límites materiales y temporales que tiene durante el estado de conmoción interior, resultando que las medidas penales dictadas por el Ejecutivo durante el estado de emergencia social tendrán una vigencia máxima de un año, salvo que el Congreso les otorgue carácter permanente, en ejercicio de su atribución constitucional

ESTADOS DE EXCEPCION-Concepto/ESTADOS DE EXCEPCION-No suspensión de derechos constitucionales

PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN ESTADOS DE EXCEPCION-Régimen general/PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN ESTADOS DE EXCEPCION-Rigurosidad relativa

Para la Corte, en general, pero con especial incidencia en materia penal, de la Constitución se desprende un régimen más estricto y restringido para los estados de guerra exterior o de conmoción interior, que el previsto para el estado de emergencia, lo que explica en razón de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados en uno y otro caso, y la consiguiente necesidad de mayor restricción o mayor flexibilidad para enfrentar la crisis, según sea el caso.

ESTADOS DE EXCEPCION-Régimen más restrictivo para el goce de derechos/ESTADOS DE EXCEPCION-Principios que inspiran la interpretación restrictiva de facultades gubernamentales en materia punitiva/ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Aplicación de los principios de interpretación restrictiva en materia punitiva

Entre las restricciones en materia punitiva se encuentra, en primer lugar, la que establece un principio de restricción material, que aplicado al estado de emergencia, implica que sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra el orden económico social o ecológico o que puedan dar lugar a una grave calamidad pública. Se refirió la Corte a continuación a un principio de finalidad, conforme al cual, en el estado de emergencia, no resultarían admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden económico, social o ecológico o provocar una calamidad pública, sino que se es necesaria una precisión sobre la capacidad concreta de producir esa afectación. Finalmente, se refirió la Corte a un principio de necesidad, que surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta, y que en el ámbito del estado de emergencia significa que el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia.

ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Implicaciones de requisitos de especificidad y conexidad en normas penales expedidas por el Gobierno/DECRETO LEGISLATIVO MODIFICATORIO DEL

TIPO PENAL DE USURA EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-No satisface exigencias de especificidad y conexidad

El requisito de especificidad para las medidas adoptadas por el gobierno al amparo de la declaratoria del estado de emergencia, que se desprende del artículo 215 de la Carta, implica que las mismas tienen que estar orientadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos y que deben referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, en tanto que el requisito de conexidad tiene una connotación, tanto externa, que alude a la relación que deben tener las medidas adoptadas con las razones que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia, como interna, que es la que debe existir entre tales medidas y las finalidades específicas expresadas por el gobierno para justificarlas, esto es la correspondencia de medio a fin. Concluye la Corte que, el decreto que se examina a la luz de consideraciones más amplias que las previstas en su parte motiva, se puede establecer que no se satisfacen las exigencias de especificidad y de conexidad, porque es claro que el mismo se dirige a regular una actividad que rebasa el ámbito propio de la crisis que dio lugar al estado de emergencia, sin que estén establecidas, así fuese sumariamente, las razones de finalidad y necesidad que expliquen su adopción por la vía excepcional de la emergencia social.

DECRETO LEGISLATIVO MODIFICATORIO DEL TIPO PENAL DE USURA EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Déficit sustantivo de motivación

El déficit sustantivo de motivación se presenta cuando en los decretos de emergencia no se documentan los motivos a partir de los cuales se condujo el proceso decisorio, o la expresión de los mismos es precaria, situación que se presenta en el presente caso, por cuanto: en primer lugar, el gobierno no aporta evidencia acerca de la proliferación de las modalidades de crédito informal a las que se refiere el decreto objeto de estudio; en segundo lugar, tampoco se suministra evidencia empírica sobre el hecho de que exista una correspondencia entre las modalidades de crédito informal a las que alude el decreto y la captación ilegal de recursos del público; al igual que se echan de menos, también, elementos de juicio orientados a mostrar que el régimen penal previo al decreto carece de la suficiente fuerza preventiva y que ello es atribuible al quantum punitivo previsto para el delito de usura. Esto es relevante, porque es necesario para determinar si el problema reside en ese quantum punitivo, que es el asunto que aborda el decreto que se examina, o si se encuentra en la insuficiente actividad de represión de las actividades ilícitas.

Asunto: Revisión constitucional del Decreto Legislativo 4450 de 2008, “*Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal*”.

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

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

I. ANTECEDENTES

El 27 de noviembre de 2008, el Presidente de la República, atendiendo lo previsto en el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994, remitió a la Corte Constitucional copia auténtica del Decreto 4450 del 25 de noviembre de 2008, “*Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal*”.

En Auto del diez de diciembre de dos mil ocho, el Despacho del Magistrado Sustanciador asumió el conocimiento del presente asunto. Posteriormente, en Auto del veintitrés de enero de dos mil nueve, el Magistrado Ponente resolvió (i) continuar con el trámite de revisión de constitucionalidad del Decreto 4450 de 2008, (ii) fijar en lista la norma referida por el término de cinco días con el fin de brindar la oportunidad a todos los ciudadanos de impugnarla o defenderla, (iii) comunicar el proceso a la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Fiscalía General de la Nación, para que se pronunciaran sobre su exequibilidad o inexecuibilidad, y (iv) dar traslado del proceso al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto que le corresponde.

Cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, procede esta Corporación a decidir sobre la exequibilidad de la norma objeto de control.

II. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN

**“DECRETO 4450 DE 2008
(Noviembre 25)**

Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA 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 proliferación del uso de figuras, como los Cobro Diarios o Periódico y la Venta con Pacto de Retroventa, con el cobro excesivo de intereses, promueve que, muchas veces, las personas que los cancelan tengan que acudir a captadores o recaudadores no autorizados, para compensar los pagos que deben realizar por estos intereses.

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Adicionase el siguiente inciso al Artículo 305 de la Ley 599 de 2000:

En caso de que cualquiera de las conductas a que se refiere el inciso primero de este artículo se efectúe utilizando la figura de la venta con Pacto de Retroventa o del mecanismo de *Cobros Periódicos* que se defina en el reglamento, se aumentará la pena de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis meses (126) y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 2. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C, a los 25 días del mes de Noviembre de 2008

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

FABIO VALENCIA COSSIO
Ministro de Interior y Justicia

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE
Ministro de Relaciones Exteriores

OSCAR IVAN ZULUAGA ESCOBAR
Ministro de Hacienda y Crédito Público

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN
Ministro de Defensa Nacional

ANDRÉS FELIPE ARIAS LEYVA
Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural

DIEGO PALACIO BETANCOURT
Ministro de la Protección Social

HERNÁN MARTÍNEZ TORRES
Ministro de Minas y Energía

EDUARDO MUÑOZ GÓMEZ
Viceministro de Comercio Exterior, encargado de las funciones del
Despacho del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE
Ministra de Educación Nacional

JUAN LOZANO RAMÍREZ
Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

DANIEL MEDINA VELANDIA
Viceministro de Comunicaciones, encargado de las funciones del
Despacho de la Ministra de Comunicaciones

ANDRÉS URIEL GALLEGU HENAO
Ministro de Transporte

PAULA MARCELA MORENO ZAPATA
Ministra de Cultura”

III. INTERVENCIONES

1. Presidencia de la República

El Gobierno Nacional intervino en el presente proceso para solicitar a esta Corporación que declare la exequibilidad del Decreto Legislativo objeto de revisión por considerar que reúne los requisitos de forma y de fondo exigidos para tal efecto.

En este sentido, la Presidencia de la República recordó los antecedentes de la declaratoria del Estado de Emergencia Social y precisó que en el Decreto 4450 de 2008 se incorporó al artículo 305 del Código Penal, como conducta de agravación punitiva, el hecho de que se utilice la figura de la venta con pacto de retroventa o el mecanismo de cobros periódicos.

La Presidencia estima que existe una clara relación de conexidad entre el decreto objeto de control y el decreto por medio del cual se declaró el estado

de emergencia social, toda vez que en éste se reconoció la necesidad de ajustar las consecuencias punitivas, en este caso, del delito de usura, teniendo en cuenta que las figuras de cobros diarios o periódicos o las ventas con pacto de retroventa con cobro de altos intereses promueven que las personas que utilizan estos mecanismos se vean compelidas a acudir a captadores de dinero no autorizados para compensar los pagos que deben realizar.

En consecuencia, la Presidencia señala que la norma bajo revisión, al modificar la regulación penal de la usura, disuade a la población de acceder a las captadoras masivas de dinero con lo que se cumple la relación entre las medidas y el estado de emergencia.

Considera, adicionalmente, que la medida cumple con el principio de necesidad, toda vez que su adopción resultaba urgente en atención a que la normatividad penal vigente no lograba abarcar la totalidad de las formas en que el público era víctima del delito de usura por falta de liquidez. También es proporcional, porque apunta a eliminar las conductas que practican los agiotistas a través del pacto de retroventa o los cobros periódicos diarios.

Expresa, así mismo, que a la medida adoptada no se le aplica la exigencia jurisprudencial de motivación de incompatibilidad, como quiera que ella no está suspendiendo ninguna ley, y que, por otro lado, se ajusta a los principios de proporcionalidad y no discriminación.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino en el proceso de la referencia para solicitar que se declare la constitucionalidad del Decreto 4450 de 2008.

En efecto, tras referir los principios constitucionales y jurisprudenciales que rigen las medidas de los estados de excepción, el Ministerio señaló que el Decreto 4450 de 2008, al modificar el tipo penal de usura, no altera derechos intangibles, ni afecta los derechos humanos, ni el bloque de constitucionalidad, por lo que de la sola lectura de la medida se sigue que supera los juicios de ausencia de arbitrariedad, intangibilidad y de no contradicción específica, definidos por la Corte Constitucional, por lo que da paso a la verificación del juicio de conexidad material.

Sobre el particular refirió que en un contexto de crisis en el que el público carece de liquidez para cubrir sus necesidades básicas, sectores importantes de la población acuden a las prácticas de los cobros periódicos y la venta con pacto de retroventa para superar sus dificultades, con lo que se potencian los efectos generados por la crisis y los extiende, al crear una nueva necesidad de recursos para compensar los pagos que deben realizar por estos intereses. A

esta conclusión arribó con apoyo en un estudio realizado por la Agencia de Cooperación para el Desarrollo de los Estados Unidos y el Programa Midas, cuyo objetivo consistió en realizar una evaluación de las características y condiciones del mercado de crédito informal en Colombia.

Dicho estudio puso en evidencia que un alto porcentaje de los créditos de los hogares de estratos 1, 2 y 3 han sido adquiridos en el sector informal y que más de la mitad de los deudores desconocían la tasa de interés que les cobraban. Por otro lado, advierte que en los mercados informales el límite de usura para la tasa de interés no es aplicado y, adicionalmente, los clientes tampoco denuncian el cobro de tasas de interés superiores a la usura.

3. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación intervino en el proceso de la referencia para solicitar que se declare la exequibilidad del Decreto Legislativo 4450 de 2008, toda vez que, no solamente existe una estrecha relación entre las medidas allí adoptadas y los hechos materiales que dieron origen a la declaratoria del estado de emergencia social, sino que, además, éstas se advierten como un medio proporcional y efectivo, encaminado a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Agrega que la emergencia social tuvo origen en la captación ilegal y masiva de recursos del público por entidades que ofrecían inexplicables beneficios, de manera que un gran número de personas acudían a tales captadores forzadas por la necesidad de hacer frente a los arbitrarios y excesivos intereses que les cobraban en las compraventas con pacto de retroventa y en los cobros diarios.

De esta forma, teniendo en cuenta que la única forma para conjurar los efectos de la crisis consistía en perfeccionar un elemento disuasorio que previniera la perpetuación de esa patología social, era evidente la necesidad de aumentar las penas del delito de usura; medida punitiva que resulta proporcional y efectiva para conjurar la crisis, como quiera que el mecanismo disuasorio permitirá la erradicación definitiva del exagerado cobro de intereses en tales actividades.

4. Superintendencia Financiera

El Superintendente financiero intervino en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma acusada. Preliminarmente hizo alusión a la actividad financiera regulada, precisando el concepto de captación de dinero del público y la necesidad de que su ejercicio sea autorizado por el Estado y vigilado por la Superintendencia Financiera.

De otra parte, señaló que, no obstante la claridad de los principios referidos a la actividad financiera regulada, un número significativo de personas entregó su dinero a recaudadores y captadores no autorizados, que carecían de la

intención real de devolverlo, generando con ello graves consecuencias sociales y de orden público; circunstancia que explica la necesidad de adoptar medidas extraordinarias, ágiles y preventivas que, como la prevista en el Decreto 4450 de 2008, se dirigen a reprimir el fenómeno impidiendo por la vía penal que el uso inadecuado de mecanismos negociales inciten o propicien el tener que acudir a los captadores no autorizados.

En relación con la constitucionalidad de la norma objeto de control, señaló que la emergencia económica se sustentó en la proliferación de las actividades de captación ilegal en el país, de las que fueron víctimas sectores pobres de la población, no sólo por ignorancia, sino por la urgencia de cubrir sus necesidades básicas, para cuya satisfacción previamente obtuvieron recursos de manera informal, asumiendo intereses por encima de los límites legales de manos de los denominados usureros, quienes encubrían su delito otorgando préstamos a través de figuras legales como las ventas con pacto de retroventa.

En efecto, prosigue, los altos intereses cobrados conducían a los afectados a buscar en los captadores no autorizados una fuente de financiación para poder cumplir con los pagos de sus créditos. De esta forma, resulta clara la relación que existe entre las causas del estado de emergencia y la medida adoptada en el Decreto 4450 de 2008 como quiera que la agravación punitiva del delito de usura cuando se incurra en la conducta tipificada a través de la figura de la venta con pacto de retroventa o el mecanismo de cobros periódicos, contribuye a desalentar el fenómeno de la captación.

La medida cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad; lo primero, en razón a la relación de conexidad entre los afectados por el delito de usura y por los captadores ilegales, y, lo segundo, por cuanto el agravante introducido por el Decreto bajo revisión impone una pena superior de manera que se evite que quienes incurran en tal agravante de la usura y sean condenados puedan acogerse al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

5. Intervención ciudadana

5.1. El ciudadano Jorge Enrique González Domínguez solicitó a esta Corporación declarar la inexecutable de la norma objeto de control, por cuanto no existe una relación directa entre ésta y las consideraciones por las cuales se decretó el estado de emergencia económica. El interviniente pone de presente que este último se declaró por el exceso de circulante de los colombianos, circunstancia aprovechada por captadores ilegales, mientras que la medida adoptada en el decreto que se analiza se basa en el déficit de efectivo.

Por otro lado, el interviniente señala que la consecuencia directa de la medida

adoptada en el Decreto bajo revisión es la de limitar la utilidad bruta de una actividad comercial lícita como la desempeñada por las casas de compraventa, que no captan dinero, sino que compran bienes con la condición resolutoria del pacto de retroventa. De esta forma, es posible que la actividad deje de ser económicamente viable, por lo que el efecto de la medida sería el cierre de dichas empresas que generan más de treinta mil empleos en el país.

Por lo anterior, el ciudadano considera que la norma viola los artículos 214 y 215 de la Constitución Política por suspender la libertad de empresa y el derecho al trabajo y no guardar relación directa con el estado de emergencia.

5.2. El ciudadano Jorge Alberto López Hernández considera que la norma revisada es inconstitucional por cuanto viola el artículo 29 de la Constitución al desconocer el debido proceso establecido para la expedición de decretos legislativos, concretamente en lo que tiene que ver con la debida motivación del acto, toda vez que la proliferación de las pirámides no guarda relación con las compraventas con pacto de retroventa.

Estima, igualmente, que la norma bajo control, vulnera el artículo 215 de la Carta Política porque la medida adoptada no tiene la finalidad de conjurar la crisis económica, toda vez que en la actividad de compraventa con pacto de retroventa no se cobran intereses, y en cuanto dicha medida no guarda relación directa y específica con el estado de emergencia.

Además considera que se equivoca la norma al identificar como sujeto activo de la conducta punible a los que venden con pacto de retroventa, como quiera que las casas de compraventa no son las que venden sino que es el cliente quien esporádicamente lo hace.

5.3. El ciudadano Fredy Hernández considera que el Decreto 4450 de 2008 vulnera el artículo 215 constitucional, por cuanto carece de relación directa y específica con el estado de emergencia declarado en el Decreto 4333 de 2008, en la medida en que el contrato de compraventa con pacto de retroventa no es un negocio jurídico que se utilice para la captación de dineros del público con promesas de altas tasas de interés, de manera que la medida adoptada no tendería a soportar la calamidad generada por la emergencia social.

5.4. El ciudadano Carlos Alberto Valencia Espinoza, a través de apoderado, intervino en el proceso de la referencia para impugnar la constitucionalidad del Decreto objeto de revisión. Para tal efecto, preliminarmente, refiere que de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política los decretos legislativos deben estar destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, por lo que sólo pueden referirse a materias que tengan relación directa y específica con los hechos que motivaron la declaratoria del estado de excepción.

En este orden de ideas, refiere jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que, actuando como juez constitucional, se señaló que la atribución legislativa del Gobierno no puede extenderse a la adopción de medidas en asuntos artificialmente vinculados con los motivos que condujeron a declarar la emergencia. Por lo anterior, pasa a verificar la relación de la medida adoptada en el Decreto 4450 de 2008 y las causas de la declaratoria del estado de emergencia.

En lo que guarda relación con la motivación del Decreto objeto de control, señala que el único fundamento es el hecho de que la proliferación de figuras como los cobro diarios o periódicos y la venta con pacto de retroventa promueve que las personas tengan que acudir a captadores o recaudadores no autorizados para compensar los pagos que deben realizar en tales negocios por concepto de intereses.

A continuación, el interviniente presenta las razones por las cuales considera que entre esta medida y el estado de emergencia no existe una relación de conexidad: (i) En la declaración del estado de emergencia no se hace referencia a las compraventas, ni como causa de la emergencia ni de otra forma en que se relacionen; (ii) indistintamente de que no se haya hecho referencia expresa a las compraventas, la medida carece de relación con los motivos de la declaratoria del estado de emergencia por cuanto, de un lado, la captación masiva de dinero difiere sustancialmente de los contratos de compraventa con pacto de retroventa, principalmente porque esta última es una actividad lícita regulada por el Código Civil, mientras que la primera es una conducta sancionada penalmente; y, de otro, no existe correlación o dependencia entre las dos figuras, por cuanto quien celebra contrato de compraventa no realiza captación masiva de dinero y no ofrece beneficios por lo que no pone en riesgo el patrimonio de sus clientes.

Adicionalmente, señala que el análisis del desarrollo de los dos fenómenos desde una perspectiva temporal da cuenta de la falta de correlación, toda vez que la compraventa se ha realizado por más de cincuenta años, mientras que las pirámides han tenido una presencia repentina o por rachas. Advierte que tampoco existe una relación de dependencia entre los dos fenómenos, de manera que la débil sustentación del Gobierno para la adopción de la medida desatiende el principio de necesidad establecido en el artículo 11 de la Ley 137 de 1994.

De otro lado, en materia de la posibilidad que tiene el Gobierno de ampliar el tipo penal de usura, el interviniente considera que ello no le es dado como quiera que en las consideraciones del decreto declaratorio del estado de emergencia sólo se hizo alusión a la necesidad de *“ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente Decreto”*, esto es, a los de captación masiva de dineros del público, con lo que se impuso límites en materia penal que no pueden ser rebasados en el decreto objeto de control.

Finalmente, señaló que de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, el Gobierno tiene poder punitivo pero restringido a los estados de conmoción interior, por lo que no era dado aumentar la pena de la usura en el marco de un estado de emergencia económica.

5.5. Los ciudadanos Carlos Iván Prieto Gómez y Carlos Alberto Gómez Peláez intervinieron en el proceso para solicitar que se declare la inexecutable de la norma revisada, al considerar que ésta viola sus derechos al debido proceso y al trabajo al considerarlos sujetos activos de una conducta punible agravada que no les resulta aplicable, sin considerar que no hacen parte del sector financiero y que no cobran intereses.

Señalan que el contrato de compraventa es una actividad lícita regulada por la ley que difiere sustancialmente del mutuo prendario, por lo que no puede entenderse como una actividad utilizada para camuflar un préstamo con intereses.

Manifiestan, de otra parte, que la base para la expedición del Decreto Legislativo fue considerar como intereses, el pago de las prórrogas que realizan los clientes de las casas de compraventas, en las que se cobra un porcentaje del valor de compra que consiste en los gastos en que se incurre con el mantenimiento del bien.

5.6. El ciudadano Juan Carlos Celis Saldarriaga intervino en el proceso de la referencia para solicitar que se declare la inexecutable de la norma bajo control. Preliminarmente realiza una presentación del marco jurídico de la compraventa con pacto de retroventa en Colombia, con el fin de destacar que en dicho negocio no se pactan intereses, ni se captan dineros del público.

El interviniente considera que la medida adoptada en el Decreto 4450 de 2008 viola los derechos al trabajo, la igualdad, a escoger profesión u oficio, buena fe y propiedad privada.

En lo que guarda relación con la libertad de escoger profesión u oficio, considera que ésta se limita al tipificar como usura el cobro excesivo de intereses en ejercicio de la figura jurídica de compraventa con pacto de retroventa, porque se persigue y estigmatiza dicha práctica comercial, lo cual incide en el derecho al trabajo de quienes se han dedicado por más de dos décadas a tal actividad; de igual forma afecta el derecho a la igualdad, al acusar de delincuentes a comerciantes que cumplen con sus deberes y obligaciones con la sociedad.

De igual forma considera que vulnera el principio de buena fe al asumir que en realidad el contrato celebrado en las casas de compraventa es un contrato de mutuo que genera unos intereses.

De otra parte, pone de presente que si bien en principio la actividad comercial de compraventa con pacto de retroventa puede seguir ejerciéndose sin ningún reparo a la luz del Decreto 4450 de 2008 y solo tendrían que temer ser judicializados quienes utilicen de manera fraudulenta la actividad comercial para esconder un cobro excesivo de intereses, la medida confunde al público, estigmatiza la actividad y desconoce los derechos de quienes la ejercen.

Por otro lado, señala que la medida no guarda relación directa con las causas que generaron la declaratoria del estado de emergencia, por cuanto, a diferencia de la motivación de aquélla, las compraventas con pacto de retroventa no fueron propulsoras de la situación crítica que generó la emergencia económica.

Finalmente, cuestiona la necesidad de la medida como quiera que el tipo penal de usura incorpora la frase *“cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla...”*, con lo que se sancionaba a aquellas personas que a través de figuras fraudulentas cobraran intereses superiores a los legalmente permitidos. Señala que el efecto sigue siendo el mismo de antes porque el delito ya estaba tipificado, lo único que se hizo fue aumentar la pena, asunto que debería analizarse en el Congreso. Además, refiere que en el Decreto no existe ningún fundamento legal, político o social a la agravación punitiva ni se cita ningún estudio que revele un aumento en la comisión del delito de usura por medio de la compraventa con pacto de retroventa.

6. Federación Nacional de Almacenes de Compraventa con Pacto de Retroventa -FENACOVEN-

El presidente de FENACOVEN solicita que se declare la inconstitucionalidad de la norma objeto de control por cuanto la misma desconoce que el contrato de compraventa con pacto de retroventa no permite cobrar ningún tipo de interés, sino que se pacta un sobreprecio, actividad comercial lícita regulada desde diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico.

En efecto, cita doctrina y jurisprudencia colombiana sobre la naturaleza jurídica y características del contrato de compraventa con pacto de retroventa para concluir que en él no se incorporan las nociones de intereses o sobrecostos sino las de precios de venta y de retroventa. De otra parte, ilustra la regulación que en materia comercial, tributaria y policiva existe sobre la actividad desplegada por las casas de compraventa.

El interviniente considera que la norma bajo revisión vulnera el principio de unidad de materia por cuanto las medidas adoptadas no son congruentes con las consideraciones y normas del Decreto 4333 de 2008. En este sentido, señala que si bien el Estado debe intervenir en la economía para asegurar el

acceso efectivo de todas las personas a los bienes y servicios básicos, las medidas objeto de control afectan el orden del mercado y la libre competencia económica por lo que deben ser declaradas inexecutable.

FENACOVEN pone de presente que la medida adoptada lesiona los derechos al trabajo, por censurar la actividad comercial de celebrar contratos de compraventa con pacto de retroventa, y a la igualdad, por cuanto se discrimina a los comerciantes que practican dichas actividades como si fueran delincuentes.

De esta forma, precisa que, si bien el gremio que representa está de acuerdo con la declaratoria del estado de emergencia, considera que la medida concreta de agravar la pena del delito de usura cuando se utilice la figura de los contratos de compraventa con pacto de retroventa no guarda relación con el propósito de conjurar la emergencia declarada.

7. Asociación Nacional de Propietarios de Almacenes de Compra-Venta ANPROCOM

ANPROCOM intervino en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte Constitucional que declare la inexecutable del decreto objeto de control.

Señala que el presupuesto objetivo del estado de emergencia económica es única y exclusivamente el referido a la proliferación de captadoras o recaudadoras de dinero que, operando sin vigilancia de los organismos de control, han recibido masivamente dineros del público sin las garantías evidentes y con un margen de ganancia sospechoso. De esta forma, cualquier medida dirigida a regular otro tipo de fenómenos es abiertamente inconstitucional.

Al analizar el Decreto 4450 de 2008, encuentra que se rebasaron los límites materiales fijados por el Decreto 4333 de 2008, por el cual se declaró el estado de emergencia económica, como quiera que la descripción del tipo penal de usura no guarda relación con la captación o el recaudo masivo, sino que se refiere al provecho sin justa causa lícita que se deriva de la prestación de servicios, venta de bienes o préstamo de dinero a interés. De esta forma, al no cumplirse con el requisito de conexidad, la norma revisada debe ser declarada inexecutable.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de motivación del decreto legislativo, el interviniente considera que se crea un vínculo artificial con el Decreto declaratorio del estado de excepción, toda vez que la norma censurada pretende articular la actividad de las casas de compraventa con las pirámides a través de la supuesta necesidad de los vendedores de la primera actividad comercial de recurrir a estas últimas para cancelar los altos intereses cobrados en aquélla.

Por otro lado, señala que los hechos que dieron lugar a la expedición del Decreto 4450 de 2008 son falsos por cuanto no existe información concreta sobre la relación de usuarios de pirámides y de compraventas. Adicionalmente, tales hechos no son sobrevivientes, toda vez que las actividades de compraventas son completamente normales. De igual forma, aduce que los hechos carecen de gravedad porque son actividades desarrolladas por más de 50 años sin que hayan desatado ninguna crisis. De otra parte, advierte que, en el caso de las compraventas, el Estado cuenta con un robusto sistema de vigilancia y control a través de la DIAN, las Cámaras de Comercio y la Policía Nacional por lo que no se justifican las medidas extraordinarias adoptadas.

Finalmente, el interviniente señala que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existe reserva legal para la definición de tipos penales dentro del ordenamiento jurídico nacional, de manera que en estados de excepción deben cumplirse los principios de restricción material, finalidad y necesidad para la ampliación de las conductas punibles.

8. Asociación de compraventas del Valle del Cauca – ASOCOM

ASOCOM intervino en el proceso de la referencia para solicitar la declaratoria de inexecutable de la norma objeto de control. Lo primero que advierte es que el Gobierno no se encuentra facultado, en desarrollo de los estados de excepción, para derogar, modificar o adicionar códigos o leyes de cualquier naturaleza, sino, simplemente, para suspender normas legales precedentes que sean contrarias al objetivo de restablecer el orden económico y social.

Respecto de la adición al delito de usura contemplada en el Decreto revisado, señala que no contiene los elementos necesarios para ser catalogada como un tipo penal, por cuanto no define el sujeto activo del hecho punible ni precisa en qué consiste la figura de la venta con pacto de retroventa, con lo que se violan los principios de legalidad y tipicidad.

En este orden de ideas, concluye que la medida adoptada en el Decreto bajo revisión no cumple con los principios de finalidad, necesidad y proporcionalidad, habida cuenta que la ampliación del tipo penal de usura en nada incide en el propósito de conjurar el estado de emergencia declarado.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante Concepto No. 4714 del 17 de febrero de 2009, el señor Procurador General de la Nación rindió concepto en el proceso de la referencia, en el que solicitó que se declarara la exequibilidad del Decreto Legislativo 4450 del 25 de noviembre de 2008.

Preliminarmente, el señor Procurador pone de presente que la norma bajo revisión cumple con los requisitos formales que exige la Constitución Política. Para el efecto expresa que la misma se sustenta en el artículo 215 Superior y que el decreto declarativo correspondiente, incluye, en sus considerandos, las razones de tipo fáctico que la motivan; que el decreto, fue firmado por el Presidente y todos sus Ministros en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y que se dictó el 25 de noviembre de 2008, dentro del período de vigencia del estado de emergencia social que pretende conjurar.

En lo que guarda relación con el examen de fondo del decreto legislativo objeto de control, el Ministerio Público estudió (i) la relación de conexidad entre sus disposiciones y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia social, y (ii) la compatibilidad entre su contenido normativo y la Carta Política.

Respecto de la conexidad externa e interna del Decreto 4450 de 2008, el Procurador encontró que el Decreto 4450 de 2008 mantiene una relación directa con el Decreto 4333 de 2008, respetando los criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad que aplican para las medidas legislativas de carácter extraordinario.

En efecto, como quiera que el estado de emergencia social declarado encuentra *su causa* en la proliferación de actividades de captación de dineros del público sin autorización estatal, *su necesidad* en la urgencia de adoptar nuevos mecanismos de inspección vigilancia y control sobre tales actividades, y *su finalidad* consistente en la suspensión inmediata de las operaciones de recaudo ilegal, resulta clara la relación directa de conexidad temática, sistemática y teleológica entre la norma objeto de revisión y el decreto declarativo que le sirve de fundamento, toda vez que en aquélla se amplía el tipo penal que regula lo concerniente al delito de usura, medida que se enmarca en los propósitos específicos de conjurar las causas de la crisis e impedir la extensión de sus efectos, en particular, “... *la precaria situación económica en que han quedado los afectados de las actividades ilegales de captación de dinero, llegando a comprometer la subsistencia de sus familias, afectando gravemente no solamente la economía familiar sino la misma economía nacional.*”

Conforme a lo anterior y bajo la consideración de que el juicio sobre la conveniencia y oportunidad de tales medidas extraordinarias es de carácter político y, por tanto, ajeno al control de constitucionalidad, el Ministerio Público concluyó que el requisito de conexidad externa ha sido observado por el Gobierno Nacional.

La Procuraduría General de la Nación precisó que el alcance del Decreto

4450 de 2008 no es el de prohibir el ejercicio comercial de las denominadas compraventas, ni el de alterar la concepción jurídica del pacto de retroventa, sino el de establecer unos criterios que le permitan realizar su actividad comercial dentro de los límites de la ley, sin que incurran en el delito de usura.

Del mismo modo señala que la norma se ocupa de los cobros periódicos, conocidos popularmente como los “*paga diario*” o pagos “*cuenta gotas*”, y que consisten en sumas de dinero que se prestan para ser devueltas en un corto período, de fácil acceso y de manera inmediata, y en contraprestación, al usuario de los referidos créditos, se le impone la carga de pagar “... *unos intereses astronómicos que superan todos los límites de la razonabilidad.*”

En este entendido, la norma extraordinaria precisó que se incurre también en el delito de usura cuando utilizando las figuras del contrato de compraventa con pacto de retroventa o los cobros periódicos, se cobran intereses por encima de los parámetros establecidos para tal efecto.

Así las cosas, considera el señor Procurador que el Decreto 4450 de noviembre de 2008 “... *guarda una estrecha relación con el Decreto 4333 del 17 de noviembre del mismo año, que declaró la emergencia social, puesto que la determinación de la conducta de usura en las situaciones señaladas en la mencionada disposición eran necesarias, a efectos de proteger el interés público de los brotes especulativos que en circunstancias como estas se presentan en detrimento de las personas más necesitadas que recurren a dichas prácticas comerciales, y con mayor veraz, la decisión del ejecutivo se justifica, precisamente, cuando se habían desbordado todas las previsiones y controles estatales que provocaron la crisis económica y social ya señalada.*”

Agrega que, en ese orden, “... *la delimitación de las conductas a que alude el Decreto en comento y el aumento de las penas cuando se configure el delito de usura en los eventos allí establecidos, es un instrumento adecuado para combatir los actos ilegales que se pudieran generar con ocasión de la crisis que condujo la declaratoria del estado de emergencia social.*”

Finalmente, el Ministerio Público consideró que la medida adoptada por el Decreto Legislativo objeto de revisión se ajusta a la Carta Política en la medida en que propugna por la defensa del interés general frente a los eventuales abusos de los particulares que aprovechando la necesidad de quienes recurren a las “*compraventas*” o a los “*pagadiarios*” para atender sus obligaciones, superan los límites establecidos en la ley, cometiendo el punible de usura.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte goza de competencia para revisar el Decreto 4450 de 2008, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 215 y 241, numeral 7, de la Constitución Política.

2. Examen formal

El Decreto Legislativo 4450 de 2008 fue dictado y promulgado en desarrollo del Estado de Emergencia Social declarado mediante Decreto 4333 de 2008, razón por la cual se cumple con el primer presupuesto formal exigido por la Carta Política para su expedición.

El decreto fue firmado por el Presidente y por todos sus Ministros¹ y en su texto aparecen de manera explícita las razones orientadas a mostrar la pertinencia de las medidas en él adoptadas y la relación de conexidad que las mismas tienen con la crisis que motivó la declaratoria del estado de emergencia social.

Adicionalmente, se observa que el decreto fue expedido el día 25 de noviembre de 2008, esto es, dentro de la vigencia del estado de emergencia social, que fue decretado para el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 2008 y el 18 de diciembre del mismo año.

La Corte encuentra, en consecuencia, que el Decreto 4450 de 2008 cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 215 de la Constitución.

3. Análisis material

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los decretos que se expidan al amparo del estado de emergencia económica, social o ecológica están sujetos a un conjunto de requisitos y de limitaciones que se desprenden de la propia Constitución, de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y de los tratados internacionales sobre derechos humanos que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, prevalecen en el orden interno.

En ese contexto, ha señalado la Corte que, por un lado, el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, debe orientarse a establecer, en primer lugar, la relación de conexidad material de las medidas adoptadas con las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, así como la especificidad de las mismas, valoración que comprende el análisis de la finalidad y la necesidad de las medidas. Así mismo, dicho juicio, cuando sea del caso, debe constatar si existe motivación suficiente para imponer limitaciones a los derechos

¹ En el caso de los Ministerios de Comunicaciones y de Comercio, Industria y Turismo, el decreto se suscribe por los respectivos viceministros, encargados de las funciones de sus correspondientes despachos.

constitucionales; si las normas ordinarias suspendidas son incompatibles con el correspondiente estado de excepción y si las medidas expedidas son proporcionales, tanto en relación con la gravedad de la situación, como con el tipo de limitaciones que impongan al ejercicio de las libertades.

Por otra parte, a través del juicio de constitucionalidad es preciso verificar que las medidas adoptadas, en su contenido mismo, no entren en contradicción específica con la Constitución y no desconozcan las prohibiciones generales contenidas en el ordenamiento superior, que comprenden las de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales; interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público; suprimir o modificar los organismos y funciones básicas de acusación y juzgamiento, y desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

Para el análisis de la constitucionalidad del decreto de la referencia la Corte procederá de la siguiente manera: (i) Se establecerá, en primer lugar, el contenido y el alcance de la disposición objeto de examen; (ii) a continuación se determinará si resulta admisible constitucionalmente que, en ejercicio de las facultades propias del estado de emergencia, el gobierno establezca nuevos tipos penales o modifique los existentes; (iii) a renglón seguido se examinará si la medida adoptada satisface los requisitos de especificidad y conexidad y, (iv), si se supera la anterior condición, la Corte procederá a determinar si la medida se ajusta en su contenido a la Constitución, para lo cual será preciso establecer, por un lado, si respeta los límites materiales a los que, de acuerdo con la jurisprudencia, se encuentran sujetos este tipo de decretos, y, en particular, si el gobierno excedió o no el ámbito previsto para los mismos, y, por otro, que no comporte una contradicción específica con la Constitución.

3.1. Contenido y alcance de la disposición objeto de revisión

La norma establece un agravante para el delito de usura cuando el mismo se realice utilizando la figura del pacto de retroventa o mecanismos de cobros periódicos definidos por el reglamento.

En ese contexto, estima la Corte que una adecuada comprensión en torno al alcance de la medida adoptada en el decreto de emergencia hace indispensable una referencia, así sea somera, a la regulación legal del delito de usura, a la compraventa con pacto de retroventa y a las modalidades de financiación que en el decreto, de manera general, se denominan como mecanismos de cobros periódicos.

3.1.1. El delito de usura, previsto en el artículo 305 del Código Penal comprende las acciones de recibir o cobrar utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente, a cambio de préstamo de dinero o por

concepto de venta de bienes o servicios a plazo, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla.

El siguiente es el tenor literal del artículo 305 del Código Penal, anterior a su adición por el Decreto 4450 de 2008:

ARTICULO 305. USURA. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la utilidad o ventaja triplique el interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes.

El Gobierno parte de la consideración implícita conforme a la cual el cobro excesivo de intereses realizado en las modalidades del pacto de retroventa o el *“mecanismo de cobros periódicos que se defina en el reglamento”* está comprendido en el tipo penal de la usura, y que lo que ahora se pretende es individualizar de manera expresa ciertas conductas y agravar la pena prevista para la usura cuando el delito se cometa acudiendo a esas modalidades, lo cual, a juicio de esta Corporación, bien puede resultar compatible con el texto de la norma transcrita.

No obstante lo anterior, ni en el texto del decreto, ni en las intervenciones del gobierno en este proceso, se suministra información en torno a la judicialización de las actividades usurarias realizadas mediante pacto de retroventa o modalidades de cobro periódico anteriores a la expedición del decreto objeto de revisión. En la motivación del decreto tampoco se alude a las razones por las cuales las penas vigentes aplicables a las conductas así consideradas resultan insuficientes, ni se contemplan en la parte resolutoria mecanismos orientados a hacer efectiva su aplicación.

3.1.2. En nuestro ordenamiento jurídico el pacto de retroventa consiste en una venta sometida a condición resolutoria, mediante el ejercicio del derecho de retracto que se reserva el vendedor². En muchas legislaciones esta

² Ver José Alejandro Bonivento Fernández, *“Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales”*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 19-.-, P. ---

modalidad contractual ha sido proscrita, precisamente, porque se presta para eludir los límites legales a las tasas de interés o camuflar la usura.

En efecto, algunos doctrinantes han puesto de presente que para cuestionar el pacto de retroventa se han empleado dos tipos de argumentos, el primero, destinado a proteger a los personas de más bajos ingresos contra los usureros, consiste en señalar que el pacto de retroventa se ha utilizado principalmente para encubrir prestamos usurarios o para eludir las formalidades de la ejecución hipotecaria; el segundo, que atiende a la protección del interés general, pone de presente que este tipo de contratos dificulta el tráfico jurídico al permitir operaciones que quedan pendientes de condiciones resolutorias muchas veces clandestinas.³

En Colombia la figura está expresamente prevista en el Código Civil, que regula el pacto de retroventa en los artículos 1939 a 1943. Así, el artículo 1939 lo define como un pacto por el que el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando al comprador la cantidad determinada que se haya estipulado, o, en su defecto, la que haya costado la compra. Se ha hecho notar que esta definición, que permite a los contratantes estipular un precio para retraer, a diferencia de la prevista en otras legislaciones, como, por ejemplo, la española, en la cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida mediante la devolución del precio percibido, más el pago de los gastos que la ley señala y el cumplimiento de las prestaciones que hubiesen pactado los contratantes, hace fácil que la figura se utilice con fines crediticios eludiendo los límites legales sobre tasas de interés.

Este empleo del pacto de retroventa como mecanismo de financiación conduce a dos órdenes de problemas. Por una parte, el pacto de intereses usurarios, si el precio acordado para retraer es muy superior al de la venta; por otra, que el valor de la cosa con que se queda el comprador si el vendedor no retrae válidamente, sea muy superior que el precio pactado para la venta o para retraer.

La doctrina ha puesto de presente que, si bien la venta con pacto de retroventa es una modalidad contractual lícita que puede atender a finalidades legítimas, no es menos cierto que puede prestarse para disimular o encubrir actividades de crédito por fuera de los parámetros legales. Tanto a nivel nacional, como en el extranjero se han fijado unas condiciones para diferenciar lo uno de lo otro.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, aún cuando se establezca que la compraventa convenida con pacto de retroventa haya tenido como causa determinante la necesidad de dinero por parte del vendedor y que la utilidad práctica para quien suministra el dinero consista en

³ Ver Olga Lucía Alonso Velásquez, “El Pacto de Retroventa en Iberoamérica”, en “Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez”, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

la transferencia del bien como garantía efectiva, “... *toda vez que por ese medio evitaba el proceso hipotecario, la venta en pública subasta, y los demás inconvenientes de un cobro coactivo de esta índole*”,⁴ ello no es, por sí mismo, suficiente para tachar de simulado el contrato de compraventa, porque el móvil o motivo que cada parte tiene para proceder a contratar no refleja de manera inexorable una simulación relativa.

También, a título ilustrativo, puede mencionarse que en España se ha puesto de presente que si bien la figura contractual de la compraventa con pacto de retroventa se presta fácilmente a encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, la misma tiene su justificación en la libertad de contrato y puede obedecer a razones perfectamente respetables, compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender sin más complicaciones para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado como consecuencia de un cambio de la situación económica, de tal forma que no es posible descalificarla apriorísticamente.⁵

Se ha señalado allí que la compraventa con pacto de retroventa puede resultar muy útil como fuente de crédito y, en ocasiones se ha caracterizado como negocio fiduciario, al considerarse que a la compraventa perfeccionada le asiste efectiva condición de venta en garantía, que no representa por sí un negocio simulado, conformando su causa el afianzamiento del débito contraído. Ha dicho el Tribunal Supremo español que el convenio consignado en el documento referido no es más que la expresión de un negocio fiduciario que se diferencia del negocio simulado, porque éste es un negocio ficticio, no real, y el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas.⁶

No obstante lo anterior, la jurisprudencia española también ha puntualizado que de cuantos contratos regula el Derecho Civil, ninguno ofrece mayores facilidades que el de compraventa con pacto de retracto para encubrir con fraude las prohibiciones de la ley de usura, y que como, hasta tanto no se demuestre lo contrario, se trata de un contrato válido, lo fundamental a examinar es la finalidad contractual, determinando la aplicación a la figura de la compraventa con pacto de retro de las prescripciones de la ley de usura cuando se demuestra, por prueba clara y terminante, que envuelve una maniobra de préstamo usurario.⁷

Cabe, en todo caso, concluir que en nuestra legislación es posible incluir en el tipo de la usura las actividades que materialmente contengan una operación

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Julio 27 de 2000, Rad. 6238.

⁵ Ver sentencia del Tribunal Supremo español de 03-05-1976

⁶ Ver sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, de 07-03-1990

⁷ Ver sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, No. 789 de 08-11-1991

de crédito a interés, aunque formalmente se presenten de una manera distinta, y que en esa definición cabrían los negocios de venta con pacto de retroventa, cuando a través de ellos, y con una apariencia distinta, se efectúe en realidad una operación de crédito a tasas excesivas.

En el Decreto 4450 de 2008 no se explica la razón por la cual, cuando la actividad usuraria se realice mediante un pacto de retroventa, deba, por esa sola consideración, recibir una pena más grave que la que de manera general se ha previsto para otros tipos de actividad usuraria. En la parte considerativa del decreto simplemente se alude a la proliferación del uso de esta figura con el cobro excesivo de intereses.

3.1.3. De acuerdo con el Decreto 4450 de 2008, la pena prevista para la usura también se verá agravada cuando la utilidad o ventaja ilícitas se obtenga acudiendo al “... mecanismo de Cobros Periódicos que se defina en el reglamento ...”.

Aunque en el decreto no se dan luces sobre el contenido del denominado “*mecanismo de Cobros Periódicos*”, a partir del contexto de la norma, en cuya parte motiva se alude a la proliferación de figuras como “... *los Cobro Diarios o Periódico ... con el cobro excesivo de intereses ...*”, cabría suponer que se hace referencia a determinadas modalidades del crédito informal que, en estudios contratados por el Gobierno, se han caracterizado como aquellas que operan a través de “... *oferentes profesionales de crédito a corto plazo⁸, a tasas bastante elevadas, muy por encima de la tasa de interés de usura, y utilizan mecanismos de recolección con varias periodicidades, siendo muy común el diario.*”⁹ Tales modalidades de crédito informal son las que se conocen comúnmente como “*gota a gota*” o “*paga diario*”.

No obstante lo anterior, el Gobierno en el Decreto 4865 de 2008, “[p]or el cual se reglamenta el artículo 1° del Decreto 4450 de 2008” dispuso que “[p]ara efectos del artículo 1° del Decreto 4450 de 2008, mediante el cual se adicionó el artículo 305 del Código Penal, por cobros periódicos se entienden aquéllos que se efectúan con una regularidad fija o variable”, definición a partir de la cual, toda operación de crédito o de venta de bienes o servicios a plazo, que implique dos o más cuotas, se tendría como una modalidad de “*cobros periódicos*” y el alcance del Decreto 4450 de 2008 sería, no el de agravar la pena para el delito de usura en determinados supuestos operativos, sino el de aumentar, con efecto general, la pena prevista en el Código Penal para el delito de usura.

⁸ En los municipios ADAM se encontraron plazos desde 1 día hasta 12 meses, en dónde el grado de conocimiento del cliente tiene efectos tanto sobre el plazo como sobre el monto con el fin de controlar el riesgo de crédito.

⁹ EL ACCESO AL CREDITO INFORMAL Y A OTROS SERVICIOS FINANCIEROS INFORMALES EN COLOMBIA, Reflexiones alrededor en la Encuesta sobre Servicios Financieros Informales aplicada por Econometría S.A. Documento USAID Proyecto Midas, elaborado por Econometría S.A.

3.1.4. La realidad del crédito informal en Colombia

3.1.4.1. Tal como se pone de presente en el informe *“El acceso al crédito informal y a otros servicios financieros informales en Colombia”* preparado por Econometría S.A. y presentado en enero de 2008¹⁰, diversos estudios realizados en el país han encontrado que el acceso al crédito formal de las personas de bajos ingresos en zonas urbanas y rurales es muy restringido. En dicho estudio se señala que, en el caso colombiano, las normas legales que limitan las tasas de interés del crédito por parte de instituciones formales (ya sea entidades financieras o de carácter microfinanciero), dificultan *“... el suministro de recursos por parte de éstas a determinados sectores o actividades cuyas características de riesgo y costos operativos elevan el costo del crédito por encima del nivel máximo de tasas autorizado por las normas sobre usura.”* Se agrega que en tales hipótesis, las tasas de interés autorizadas no permiten recuperar los costos de las operaciones activas de bajo monto, ni tampoco asumir el riesgo de crédito que conllevan, por lo que la oferta formal de servicios financieros no puede canalizar recursos ni servicios hacia esas poblaciones.

De esta forma, de acuerdo con el mismo estudio, la población no atendida queda en manos de oferentes informales de crédito en mercados en donde no se aplican en la práctica las restricciones de las tasas de usura. Por el contrario, los oferentes informales aprovechan la situación de falta de competencia y alternativas de fondeo, dando lugar a mercados informales monopólicos con una oferta que suministra los recursos a costos exorbitantes.

Sobre esta misma materia, en documento CONPES, de mayo 16 de 2006, se expresa que se han identificado elementos que alejan a la demanda del sistema financiero, entre ellos *“... los costos que deben pagar los usuarios por comisiones cobradas por el sistema financiero para el manejo de cuentas y transacciones ... [o] el impacto causado por el Gravamen a las Transacciones Financieras (4 por mil) ...”*¹¹ a lo que se agrega que *“... se continúan utilizando procesos dispendiosos para abrir cuentas y se exigen múltiples requisitos para acceder a un crédito, difíciles de cumplir para un gran sector de la población.”*¹²

En ese mismo documento se pone de presente que, al considerar la rentabilidad de los créditos de menor cuantía se tiene que *“... el tope máximo autorizado para las tasas de interés y las comisiones de administración no es suficiente para que la actividad sea rentable, lo que genera que los sectores de más bajos ingresos continúen por fuera del mercado formal, recurriendo al crédito informal (prestamistas, casas de empeño, proveedores, etc.) donde*

¹⁰ El estudio se realizó a partir de la encuesta de campo realizada por Econometría S.A., bajo un contrato con el proyecto MIDAS de USAID y cuyo informe final ajustado se presentó en septiembre de 2007.

¹¹ La Banca de las Oportunidades, Una Política para Promover el Acceso al Crédito y a los Demás Servicios Financieros Buscando Equidad Social, Documento CONPES 342 de mayo 16 de 2006

¹² Ibid.

*pagan tasas de interés muy superiores a las permitidas ...”.*¹³

3.1.4.2. El estudio de Econometría S.A. que se ha mencionado, en la medida en que es el más reciente y extenso realizado sobre la actividad de crédito informal, y que ha sido tomado como insumo informativo por el Gobierno, constituye un referente importante para establecer el entorno de la actividad que se pretende reprimir mediante el decreto de la referencia, por ello la Corte expone a continuación algunos de las conclusiones allí contenidas.

En el aludido estudio se señala que como los hogares y las microempresas requieren y utilizan servicios financieros, cuando los mismos no son provistos por instituciones formales, se ven obligados a acudir a fuentes informales. En tales casos, se observa, se obtienen “... *tasas de interés de más del triple de la banca como mínimo, a plazos cortos y en pequeñas cuantías.*”

Por otra parte, prosigue el informe, en el caso del ahorro, las personas resuelven sus necesidades a través de mecanismos informales inseguros y de muy baja rentabilidad, circunstancia que afecta, en especial, a los segmentos más pobres, que son los que cuentan con la menor oferta de productos por parte de los oferentes formales de servicios financieros.

Se señala, así mismo, que las distintas formas de financiación de las necesidades de la población van desde las que se generan de manera espontánea dentro de grupos de la propia población, pasando por los oferentes informales y la venta a plazos de los establecimientos comerciales hasta los oferentes formales de servicios financieros.

Pone de presente el informe que, así como se generan distintas formas de financiación, las personas se ingenian diferentes mecanismos para reservar o acumular recursos sobrantes para atender necesidades futuras o eventualidades inesperadas, como una enfermedad, mecanismos que van desde guardar dinero en efectivo en la casa, participar en cadenas de ahorro, que a veces también son de crédito, con los amigos o vecinos, hasta prestar los sobrantes o depositarlos en una entidad financiera o una cooperativa.

De acuerdo con el estudio, el crédito, en su entendimiento tradicional, implica la entrega de sumas de dinero con el compromiso de la restitución futura de los recursos en un plazo y condiciones financieras determinadas. Se observa que, sin embargo, al estudiar los servicios financieros informales, es posible identificar otras formas de crédito que cumplen el mismo objetivo, como la venta a plazos y el crédito en especie. Se pone de presente que, si bien no siempre lo que se transa es dinero, en el fondo se trata de un préstamo que permite obtener un bien (de consumo o no) de manera anticipada y su valor se

¹³ Ibid.

va pagando dentro del plazo acordado en la venta. Como ejemplos típicos del crédito en especie se mencionan la venta “fiada” de semilla y el pago con el producto de la cosecha o la compra “fiada” del mercado de un hogar.

Se destaca en el documento que las distintas formas del crédito informal no establecen diferencias entre el crédito a la microempresa o crédito productivo y el crédito de consumo, pues son utilizados por la población de bajos ingresos indistintamente para atender las necesidades tanto del hogar como de sus negocios o actividades productivas.

Hace notar el estudio que, aunque, por un lado, las fuentes informales tienen productos adaptados exactamente a las necesidades de los usuarios, por otro, operan con condiciones financieras que se definen no solo caso por caso, sino por la falta de competencia y la exclusión del sistema financiero como alternativa de fondeo para esos usuarios del crédito informal. Se agrega que, en este sentido, la falta de competencia y de reglas uniformes, universales y transparentes en la definición de las condiciones financieras del crédito informal, permiten al acreedor aprovechar su posición de superioridad frente al deudor que necesita la financiación, situación que se exacerba por el hecho de que los clientes del crédito informal tienen poco o ningún acceso al crédito formal del sector financiero quedando solo la opción informal como mecanismo para resolver las necesidades.

Por otra parte, en el estudio se considera necesario señalar que los oferentes de fuentes de crédito informal no necesariamente están exentos de costos de operación pues, de todas maneras, tienen procedimientos de selección de clientes, evaluación y recuperación del crédito que en muchos casos requieren gestiones diarias en varios momentos del día. En el caso de las casas de empeño, esto implica, por ejemplo, que se requiere contar con una infraestructura mínima de almacenamiento y seguridad de los bienes dados en prenda, incluso en el caso en que la recuperación del bien no suceda y deban proceder a venderlo.

El estudio describe el funcionamiento de cada una de las fuentes informales de crédito identificadas, tal como se sintetiza a continuación:

El **prestamista** típicamente llamado agiotista, “gota a gota” en varias regiones del país, “chulqueros”, “paga diario” en otras, son personas que otorgan créditos en dinero con una tasa de interés a las personas que acuden a sus negocios a pedir el crédito e inclusive están aquellos que los ofrecen de tienda en tienda, a través de las mismas personas que recogen la cuota diaria, semanal o quincenalmente. En la mayoría de los barrios de menores ingresos de las ciudades o en los pueblos son personas claramente reconocidas por la comunidad.

Típicamente son oferentes profesionales de crédito a corto plazo, a tasas bastante elevadas, muy por encima de la tasa de interés de usura, y utilizan mecanismos de recolección con varias periodicidades, siendo muy común el diario. Por lo general, la capacidad de alcanzar economías de escala de este tipo de crédito es limitada

pues se financia con el capital del prestamista y por razones de control del riesgo se termina canalizando dentro de su red de relaciones personales. En las entrevistas a profundidad realizadas dentro del trabajo de campo, se encontraron referencias al riesgo que deben asumir los gota a gota pues deben conocer bien a las personas y exigir garantías para asegurar que su dinero no se pierda. Este tipo de crédito es utilizado incluso por la población de ingresos superiores a la población objeto de este estudio pues es de rápida obtención en caso de necesidad.

Las **casas de empeño** trabajan a través de un contrato de compraventa con pacto de retroventa de bienes de consumo como electrodomésticos o joyas, los cuales son valorados por el dueño del negocio en el momento de hacer la transacción. Se ofrece un precio fijado “al ojo” a cambio del activo, que generalmente es una fracción del precio real o de mercado del bien: por lo general, es menos de 50% en electrodomésticos y muy bajo en joyas dado que no se reconoce el valor de las piedras. La transacción se formaliza a través de la firma de un contrato de compraventa con pacto de retroventa que estipula el pago de cuotas periódicas que representan los intereses y un pago final único al cabo del término del contrato cuando el cliente puede volver a comprar el activo al precio pactado inicialmente. Si el cliente no se presenta, los contratos contemplan la posibilidad de extender el plazo pero si al final de éste el cliente no se presenta para comprar de nuevo el activo, la prendería puede disponer del bien. Como la relación precio del bien vs. valor obtenido es muy baja, en el caso en que no se realice la retroventa la prendería no solo obtiene los intereses mencionados sino que además se gana la diferencia entre el precio que pagó por el bien (que está bien por debajo del precio real) y el valor en que lo logre vender.

No obstante, la prendería cumple también una función en los mercados informales pues le da liquidez inmediata a los ahorros realizados en bienes de consumo durable o en activos de fácil realización como las joyas. En las entrevistas a profundidad del trabajo de campo se encontró que, aunque se reconoce que es una forma de crédito costosa, es muy útil por el sentido de oportunidad al poder contar con dinero de manera inmediata. Se encontró además que los hogares entrevistados que utilizan esta fuente de crédito conservan cosas “sólo” para empeñar, es decir como una forma de ahorro.

Es muy común que para atender necesidades urgentes, las personas acudan a préstamos de **otras personas de su comunidad o su círculo familiar**, que si bien no están dedicadas al negocio del crédito cuando tienen recursos sobrantes los apoyan. Estos créditos son por lo general en dinero y no siempre se cobra una tasa de interés aunque en muchos casos se espera algo a cambio como por ejemplo recibir un crédito de vuelta en caso de necesidad: “hoy por ti, mañana por mí”.

Según las entrevistas a profundidad con hogares, el crédito con los amigos y con familiares es una buena opción particularmente para atender una necesidad de corto plazo.¹⁴

3.1.4.3. El anterior recuento descriptivo permite establecer que en Colombia existe una actividad bastante extendida de crédito informal, que opera en todos los niveles socioeconómicos, pero con particular incidencia en

¹⁴ El Acceso al Crédito Informal y a Otros Servicios Financieros Informales en Colombia, Reflexiones alrededor en la Encuesta sobre Servicios Financieros Informales aplicada por Econometría S.A. Documento USAID Proyecto Midas, elaborado por Econometría S.A.

los estratos más bajos. Esa actividad ha sido persistente en el tiempo, aún cuando con intensidad fluctuante, y responde a necesidades de financiación de sectores que por distintas razones, no pueden acudir al crédito formal.

3.1.4.4. Destaca el documento CONPES al que se ha hecho alusión que esas actividades informales de crédito, en la práctica, “... *no tienen ningún control*”, conclusión que también se plasma en el estudio de Econometría S.A., conforme al cual los servicios financieros informales “... *se prestan de manera no estructurada y sin la protección del marco legal financiero, basados en la confianza mutua, la buena fe, la sanción social, la amenaza o la pérdida de la relación comercial*”, pero sin que sobre ellos obren los controles estatales. Señala este estudio que al paso que la inmersión de los servicios financieros dentro de un marco legal formal de la economía implica que las condiciones en que se ofrecen y se utilizan son uniformes y transparentes, lo que ofrece un entorno con términos más equitativos o al menos conocidos para todos los agentes, ocurre lo contrario con el crédito informal y que “[s]i bien en Colombia todas las operaciones de crédito deben observar la tasa de interés de usura, en la práctica ésta termina sin aplicación en los mercados informales precisamente porque están por fuera del marco legal y no están sujetos a ningún tipo de vigilancia del Estado.” Destaca el estudio que “... *los clientes tampoco denuncian el cobro de tasas de interés superiores a la usura, no solo por lo dispendioso y costoso de los procesos judiciales, sino también porque la denuncia conlleva la pérdida del acceso a esa fuente de financiación y probablemente también a otras. Esto agregado a la exclusión de las fuentes de financiación formales evita la denuncia y por lo tanto la aplicación real del control de usura en estos mercados. Esto es paradójico cuando se considera la razón de ser de un control a la usura, que lo que busca es precisamente proteger a los deudores de cobros exorbitantes por parte de los acreedores.*”

3.1.4.5. No se han aportado al expediente estadísticas sobre actividad represiva de la usura que se cumpla acudiendo a estas modalidades, pero las constataciones de campo que se consignan en el estudio de Econometría S.A., que muestran la existencia de un significativo mercado de crédito informal¹⁵, indicarían que la fijación oficial de la tasa a partir de la cual se configura la usura obra, finalmente, más como un referente para las actividades formales de crédito, al fijar el límite superior de las operaciones lícitas de crédito, que como presupuesto de una política represiva de la actividad informal de crédito con tasas excesivas de interés.

¹⁵ De acuerdo con ese estudio, el diagnóstico de servicios financieros en 57 Municipios ADAM 2006, muestra que la presencia de intermediarios informales es muy amplia en todos los municipios ADAM visitados. El Programa Áreas para el Desarrollo Alternativo Municipal (**ADAM**) es un programa de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional con el apoyo de la USAID. Ese programa atiende 100 municipios en temas de desarrollo alternativo exitoso, sostenible y participativo, a fin de crear oportunidades económicas y fortalecer la gobernabilidad local.

3.2. Establecimiento o modificación de tipos penales mediante decretos de emergencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, por virtud de la declaratoria del estado de emergencia el gobierno queda habilitado para dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Dado que, en el estado de emergencia, con las limitaciones propias de los estados de excepción, el gobierno tiene, para hacer frente a la crisis, las facultades propias del legislador ordinario, está, en principio, habilitado para expedir normas que creen o modifiquen tipos penales, siempre y cuando se establezca que se satisfacen los requisitos de finalidad, especificidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, que en general se predicen de las que se adopten durante los estados de excepción, pero que tienen particular relevancia cuando se trata de medidas de carácter penal, en virtud de la afectación del principio de legalidad que de manera especial rige en esta materia.

Sobre este particular, la Corte, en la reciente Sentencia C-224 de 2009, señaló que si bien el Ejecutivo, durante el estado de emergencia social, está habilitado para expedir decretos creando o modificando tipos penales con la finalidad de responder pronta y adecuadamente a la grave alteración del orden social, bajo los estrictos límites que imponen la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, es preciso tener en cuenta que, dados los intereses superiores en juego, como son la vigencia del principio de estricta legalidad en materia penal, del respeto de los principios democrático y *pro homine*, así como la garantía de la libertad individual, el ejercicio excepcional de esa potestad punitiva durante la emergencia social está sometido tanto a límites materiales como temporales. Expresó la Corte en la referida sentencia que tales limitaciones surgen de una interpretación armónica y sistemática de los artículos 6º, 28, 29, 93, 213, 214 y 215 de la Carta y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en la medida en que dichas disposiciones imponen al Ejecutivo, como legislador excepcional en materia penal durante la emergencia social, los mismos límites materiales y temporales que tiene durante el estado de conmoción interior. Puntualizó la Corte que, en ese contexto, las medidas penales dictadas por el Ejecutivo durante el estado de emergencia social tendrán una vigencia máxima de un año, salvo que el Congreso les otorgue carácter permanente en ejercicio de su atribución constitucional (art. 215).

En la Sentencia C-939 de 2002 la Corte se refirió al “*Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de excepción*”, y aunque en sus consideraciones hizo referencia exclusivamente al régimen aplicable durante el estado de conmoción interior a la luz de lo que para el efecto se

dispone en la Ley Estatutaria de los estados de excepción, los principios allí consignados son aplicables, *mutatis mutandi* a la expedición de normas penales en desarrollo del estado de emergencia.

Observa la Corte que, en general, pero con especial incidencia en materia penal, de la Constitución se desprende un régimen más estricto y restringido para los estados de guerra exterior o de conmoción interior, que el previsto para el estado de emergencia. En el ámbito penal ello puede explicarse en razón de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados en uno y otro caso, y la consiguiente necesidad de mayor restricción o mayor flexibilidad para enfrentar la crisis, según sea el caso.

En particular, la intervención sancionatoria del Estado en materia de orden público económico o ecológico, puede, en general, por la naturaleza de las materias sobre las que recae, considerarse menos intrusiva en el ámbito de las libertades fundamentales, que la que tenga lugar frente a la afectación del orden público que da lugar al estado de conmoción interior.

No obstante lo anterior, insiste la Corte en que, con las variantes que quepa introducir en atención a la diferente naturaleza del estado de conmoción, por un lado, y el estado de emergencia, por el otro, cabe remitirse a las consideraciones que sobre el particular realizó la Corporación en la Sentencia C-939 de 2002.

Dijo la Corte en esa oportunidad que “[l]os estados de excepción son situaciones previstas y consentidas por la Constitución”, pero que “[e]n lugar de esperar la ruptura completa del orden constitucional, la Constitución prevé una situación de anormalidad constitucional, en la que se invierte el principio democrático, facultando al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley.” Agregó la Corte que, como quiera que se trata de una situación anómala, que comporta una afectación grave del principio democrático, la Carta impone una serie de condicionamientos y restricciones¹⁶, de las cuales “... se deriva la interpretación restrictiva de las facultades gubernamentales, única opción compatible con la democracia¹⁷.”

Señaló la Corte que entre tales restricciones en materia punitiva se encuentra, en primer lugar, la que establece un *principio de restricción material*, que aplicado al estado de emergencia, implica que sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra el orden económico social o ecológico o que puedan dar lugar a una grave calamidad pública. Se refirió la Corte a continuación a un *principio de finalidad*, conforme al cual, en el estado de emergencia, no resultarían admisibles tipos penales descritos bajo la forma de

¹⁶ Sentencia C-556 de 1992.

¹⁷ El artículo 9 de la Ley estatutaria de estados de excepción contempla restricciones al ejercicio de las competencias gubernamentales. Tales restricciones, como se verá, no hacen más que reforzar la idea según la cual la interpretación de tales competencias, es restrictiva.

amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden económico, social o ecológico o provocar una calamidad pública, sino que es necesaria una precisión sobre la capacidad concreta de producir esa afectación. Finalmente, se refirió la Corte a un *principio de necesidad*, que surge del respeto por la *razonabilidad y la proporcionalidad estricta*, y que en el ámbito del estado de emergencia significa que el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia.

Establecida, en abstracto, la facultad del gobierno para expedir normas penales en desarrollo del Estado de Emergencia Social, el análisis específico de constitucionalidad del Decreto 4450 de 2008, impone la consideración general de los requisitos de especificidad y conexidad predicables de los decretos del estado de emergencia, los cuales, como se ha visto, dan lugar a un escrutinio más estricto cuando de por medio está la consagración o la modificación de un tipo penal.

3.3. Análisis sobre la especificidad de la medida

Una vez precisado el contenido de la medida adoptada en el decreto de emergencia y el contexto en el que la misma está llamada a desenvolverse, y dilucidado el asunto previo sobre la posibilidad de expedir normas penales mediante los decretos de emergencia, y como, *ab initio*, se advierte que la medida se orienta, de manera directa, a enfrentar un fenómeno que, como el del crédito informal a tasas excesivas, es distinto del de la captación masiva no autorizada de recursos que dio lugar a la declaratoria de la emergencia social, procede la Corte a examinar si se cumple el requisito de la especificidad.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el requisito de *especificidad* para las medidas adoptadas por el gobierno al amparo de la declaratoria del estado de emergencia, que se desprende del artículo 215 de la Carta, implica que las mismas tienen que estar orientadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos y que deben referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia.

3.3.1. A la luz de las consideraciones realizadas en el apartado anterior, observa la Corte, en primer lugar, que la disposición objeto de examen se orienta a regular una actividad que, independientemente de la eventual relación de conexidad que pueda tener con la crisis social que condujo a la declaratoria del estado de emergencia, presenta un campo de acción mucho más extenso, que se ha desarrollado al margen de los fenómenos que dieron lugar a dicha declaratoria, que es anterior a ellos y que responde a una situación social no necesariamente vinculada a los mismos.

En efecto, la medida objeto de control se orienta a enfrentar unas

modalidades de crédito informal, fenómeno que constituye una realidad bastante extendida, particularmente, entre los sectores de más bajos ingresos, que desde hace mucho tiempo se ha desarrollado como alternativa para suplir los requerimientos de sectores que, no obstante necesitar financiación para sus actividades cotidianas, carecen de acceso al mercado formal de crédito. Por su parte, la emergencia social fue declarada en razón de la desbordada proliferación de modalidades no autorizadas de captación masiva de dineros del público, en circunstancias que implican un elevado riesgo para el patrimonio de quienes han acudido a ellas.

En sentido inverso, también puede observarse que el gobierno, en las consideraciones del decreto, no especifica las dimensiones del fenómeno de captación ilegal que pueden tener una relación de conexidad con la compraventa con pacto de retroventa y los mecanismos de cobros periódicos con tasas excesivas de interés. En el decreto se emplea la expresión “*muchas veces*” y la evidencia empírica indica, que la eventual relación de conexidad que pueda establecerse, sería apenas parcial y en un orden de magnitudes no determinado. Esto es, no todas las personas que acudieron a las captadoras no autorizadas tenían una operación previa de retroventa o paga diario, ni todos quienes tienen operaciones de crédito informal acudieron a los captadores no autorizados de recursos del público.

De este modo, se tiene que no se muestra que exista una relación de conexidad necesaria entre uno y otro fenómeno, y la evidencia indica, más bien, que se trata de actividades independientes que tienen su propia dinámica y su propia racionalidad social y económica, sin perjuicio de eventuales puntos de contacto entre una y otra, en una magnitud no determinada.

Allí surge un primer problema en torno a la exigencia contenida en el texto constitucional conforme a la cual los decretos que expida el gobierno en desarrollo del estado de emergencia deben estar orientados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, porque, pese a esa limitación constitucional, en esta oportunidad, la medida que se adopta en el decreto objeto de examen, se orienta, de manera directa, a enfrentar un fenómeno que es distinto del que dio lugar a la emergencia, que tiene su propia dinámica, que es anterior y que se desenvuelve con independencia de aquél. Así, si bien la medida podría tener algún efecto de prevención en el ámbito en el que las dos actividades pueden entrar en contacto, lo cierto es que de ella no podría predicarse que se orienta exclusivamente a conjurar la crisis o a impedir la extensión de sus efectos, porque es evidente que tiene una repercusión clara y directa en un ámbito mucho más amplio, que se desenvuelve con absoluta independencia de la crisis ocasionada por el fenómeno de las captadoras ilegales.

3.3.2. No obstante lo anterior, hace notar la Corte que es posible que

una medida adoptada por el gobierno mediante decreto de emergencia, pese a que se oriente a superar la crisis, tenga repercusiones importantes en ámbitos ajenos a ella, sin que eso, necesariamente, deba tenerse como infracción de la exigencia de especificidad, siempre y cuando esté suficientemente acreditada la necesidad de la medida y el hecho de que, por su naturaleza, no sea posible una mayor focalización. Con todo, en tales eventos, el examen sobre la conexidad, la adecuación y la necesidad de la medida debe ser más estricto, para evitar, por ejemplo que, a partir de una relación de conexidad menor y eventual, el gobierno proceda, por la vía de la emergencia, a realizar una intervención intensiva en un ámbito de la vida económica o social, que, salvo esa marginal relación de conexidad, resulte ajeno al fenómeno que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

En particular, podría señalarse que en ocasiones, medidas que se muestren como adecuadas y necesarias para enfrentar una situación de crisis, no puedan focalizarse de manera que repercutan exclusivamente en el ámbito de dicha situación. Tal sería, por ejemplo, el caso de medidas que, por su naturaleza o sus características, requieran, para su viabilidad, ser adoptadas de manera general, razón por la cual tienen un impacto que rebasa el ámbito de la situación que se pretende enfrentar. En tales supuestos, sin embargo, la demostrada necesidad de la medida y la imposibilidad de focalización, permitirían tener por cumplido el requisito de la exclusividad en la finalidad de la misma.

3.3.3. De este modo, en el caso objeto de estudio, cabría la posibilidad de establecer la existencia de una relación de conexidad entre los dos fenómenos, la captación masiva no autorizada y ciertas modalidades del crédito informal, que, por su naturaleza y su magnitud, pudiese justificar el hecho de que, para enfrentar la situación, se acudiese a los decretos de emergencia, aún cuando el ámbito de éstos excediese el delimitado para la emergencia, asunto que pasa a examinar la Corte.

3.4. Análisis sobre el requisito de conexidad de la medida

De conformidad con el artículo 215 de la Constitución, los decretos con fuerza de ley dictados al amparo del estado de emergencia solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración de la emergencia, y deberán destinarse a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Ha destacado la jurisprudencia que el requisito de *conexidad* que se desprende de esa previsión Superior tiene una connotación, tanto *externa*, que alude a la relación que deben tener las medidas adoptadas con las razones que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia, como *interna*, que es la que debe existir entre tales medidas y las finalidades específicas expresadas por el gobierno para justificarlas.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, sólo es posible acudir a las facultades que en virtud de la declaratoria de uno los estados de excepción surgen para el gobierno, cuando, entre otras condiciones, se cumplan los principios de finalidad y de necesidad. En relación con la *finalidad*, dispone la ley que cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos (Art. 10). En cuanto hace a la *necesidad* se establece que los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente (Art. 11).

Adicionalmente, se señala en la ley que los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales, de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias (Artículo 8).

3.4.1. Las anteriores previsiones de la ley estatutaria implican que, como elemento del principio de conexidad, el gobierno debe motivar, de manera clara y suficiente, los decretos que expida en desarrollo del estado de emergencia.

La necesidad de motivar los decretos no obedece al propósito de justificar *ex post* las medidas ante las autoridades de control, sino que tiene y, debe tener, un sentido, primordialmente, desde la racionalidad del proceso de adopción de las medidas. Sólo cuando en ese proceso, sin desconocer la urgencia que las circunstancias que dan lugar a la emergencia ameritan, se hace un examen sobre la finalidad de la decisión, la necesidad de la misma, su adecuación al fin propuesto, el grado de afectación de derechos que puede producir y la relación de proporcionalidad entre fines y medios, cabe la adopción de una medida que sea útil y constitucionalmente viable.

Observa la Corte, por otro lado, que, no obstante lo anterior, una deficiencia en la motivación de los decretos de emergencia, porque sea insuficiente o, incluso, equivocada, no conduce inexorablemente a la declaratoria de inexecutable de los mismos, por cuanto la Corte ha señalado que para el análisis de constitucionalidad debe acudirse, no sólo al texto de los correspondientes decretos, sino, también, al contexto en el que los mismos fueron expedidos, teniendo en cuenta las consideraciones del decreto por medio del cual se declaró el estado de emergencia, y apreciando la situación en conjunto con los demás decretos que se hayan expedido para hacerle frente.

Con todo, cabe señalar que cuando en los decretos de emergencia no se

documentan los motivos a partir de los cuales se condujo el proceso decisorio, o la expresión de los mismos es precaria, ello puede constituirse en un indicio de que no se está ante una falencia meramente formal sino frente a un déficit sustantivo de motivación.

De este modo, en sentido inverso, cuando de la apreciación del contexto en el que se expidió un decreto de emergencia, no surja con claridad y de manera inequívoca la relación de conexidad entre las medidas en él adoptadas y la situación que provocó la declaratoria del estado de emergencia, en el juicio de constitucionalidad, se incrementa la carga argumentativa que debe estar presente en el correspondiente decreto, en orden a acreditar los requisitos de conexidad, finalidad, necesidad, proporcionalidad y los demás previstos en la Constitución y en la ley.

3.4.2. En el Decreto 4450 de 2008 el gobierno justifica la conexidad de la medida con el argumento conforme al cual, “... *la proliferación del uso de figuras, como los Cobro Diarios o Periódico y la Venta con Pacto de Retroventa, con el cobro excesivo de intereses, promueve que, muchas veces, las personas que los cancelan tengan que acudir a captadores o recaudadores no autorizados, para compensar los pagos que deben realizar por estos intereses.*”

3.4.2.1. De acuerdo con la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, es menester que las medidas que adopte el Gobierno guarden una relación directa y específica de conexidad con las causas que fueron aducidas como generadoras de la emergencia y que tengan por finalidad eliminar o contrarrestar sus efectos, conexidad que, como se ha visto, puede ser externa e interna, según que aluda al contexto general de la emergencia, o a la coherencia que debe existir entre las medidas adoptadas y las finalidades específicas para las cuales están previstas.

3.4.2.2. En punto a la relación de conexidad general del decreto objeto de revisión y las causas que motivaron la declaración del estado de emergencia social, encuentra la Corte que en esta oportunidad se presenta un elemento adicional en el análisis de constitucionalidad, por cuanto no sólo hay que establecer la relación de conexidad de las medidas adoptadas por el gobierno con la situación que dio lugar a la declaratoria de la emergencia, sino que, de manera previa, hay que hacer una constatación objetiva, referida a los nuevos hechos que dan lugar a las medidas específicas contenidas en el decreto.

En efecto, tal como de manera expresa se señala en el decreto, las medidas en él adoptadas no se orientan a enfrentar directamente el fenómeno de la captación ilegal de recursos del público, sino que se argumenta que uno de los factores desencadenantes de la crisis fue el rol jugado por las casas de retroventa y los mecanismos de cobro periódico a tasas excesivas de interés, en cuanto que, de acuerdo con las consideraciones plasmadas en el Decreto,

muchas veces, las personas que deben enfrentar el cobro de intereses excesivos, tienen que acudir a los captadores no autorizados para compensar los pagos que deben realizar por esos intereses.

Ello implica que, previamente al examen de correspondencia de la medida con las causas invocadas para declarar la emergencia social, *conexidad externa*, hay que hacer una constatación fáctica, para establecer que, (a) ha habido una alteración en la actividad de las retroventas o pagadarios, una “*proliferación*”, que pueda calificarse como de sobreviniente, y que, (b) existe una correlación entre esa variación en la actividad de las retroventas y cobros periódicos y la actividad de la captación masiva ilegal, correlación que el gobierno afirma se da, por la circunstancia de que, quienes acudieron a las retroventas o a los mecanismos de cobro periódico, lo hicieron después a las captadoras ilegales, con la expectativa de obtener los recursos necesarios para retraer sus bienes o pagar los correspondientes intereses.

Establecidas las situaciones anteriores, cabría realizar el análisis de *conexidad interna*, esto es, determinar si la medida de enfrentar el problema de la usura en las retroventas y los mecanismos de cobro periódico resulta adecuada para reprimir esas modalidades de crédito informal y para disminuir, por consiguiente, la necesidad de acudir a las captadoras ilegales para financiar el pago de los intereses excesivos.

3.4.2.3. En este contexto, al examinar los presupuestos fácticos enunciados por el gobierno, a la luz de la explicación consignada en la parte considerativa del Decreto 4450 de 2008, observa la Corte que no se encuentra establecido que haya habido una proliferación de los pactos de retroventa y de los sistemas de cobro periódico asociada al auge de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público. Tampoco está establecida, ni parece, *prima facie*, convincente, la argumentación conforme a la cual, muchas veces, las personas que tenían obligaciones pendientes de pago en el mercado informal de crédito, acudieron a los esquemas de captación ilegal con el propósito de obtener una utilidad destinada a pagar intereses excesivos.

Observa la Corte que existe un claro déficit de motivación en el Decreto objeto de estudio, por las razones que se exponen a continuación:

En primer lugar, el gobierno no aporta evidencia acerca de la proliferación de las modalidades de crédito informal a las que se refiere el decreto objeto de estudio. No se trata del surgimiento y la expansión de las actividades de captación masiva ilícita, que pueden tenerse como un hecho notorio, sino del incremento en unas operaciones de crédito informal, que han tenido una larga trayectoria en el país y que el gobierno afirma, pero no sustenta, han proliferado, en un periodo, al que tampoco se alude, pero que debe entenderse coincidente con aquel en el que surgió el fenómeno de la captadoras

ilegales. Lo cierto es que no se aporta evidencia que soporte la afirmación del gobierno. Por el contrario, la información disponible en el expediente muestra que los prestamistas y las casas de compraventa han existido de tiempo atrás y que ya para el año 2006 existían sobre el particular estadísticas reportadas al Gobierno, como consta en el informe de Econometría S.A.

En segundo lugar, tampoco se suministra evidencia empírica sobre el hecho de que exista una correspondencia entre las modalidades de crédito informal a las que alude el decreto y la captación ilegal de recursos del público. No se informa, por ejemplo, sobre una correlación entre el aumento en las captaciones y el incremento simultáneo en los pactos de retroventa o los cobros periódicos. Tampoco se presenta una relación, así fuese indicativa, de personas que figuraban simultáneamente como usuarios en uno y otro fenómeno.

Se echan de menos, también, elementos de juicio orientados a mostrar que el régimen penal previo al decreto carece de la suficiente fuerza preventiva y que ello es atribuible al *quantum* punitivo previsto para el delito de usura. Esto es relevante, porque es necesario para determinar si el problema reside en ese *quantum* punitivo, que es el asunto que aborda el decreto que se examina, o si se encuentra en la insuficiente actividad de represión de las actividades ilícitas. A este respecto resulta ilustrativo mencionar que, como se anotó en otro acápite de esta providencia, la exclusión de las fuentes formales de financiación evita que las personas denuncien el crédito usurario y hace inoperante “... *la aplicación real del control de usura en estos mercados*”.¹⁸

3.4.2.4. Pese a lo anterior, aún en la hipótesis en la que se diesen por establecidos los presupuestos fácticos enunciados por el gobierno, tampoco se satisface el requisito de la conexidad externa, porque, aparte de que en el Decreto 4333 de 2008, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social, no se hace ninguna alusión al crédito a tasas de usura como uno de los elementos alimentadores de la crisis, no aparece clara la razón por la cual, hacer más severa la sanción penal para ciertas modalidades de crédito informal a tasas excesivas, resultase, para el momento en el que se expidió el decreto, útil para prevenir que los deudores en ese mercado acudan a esquemas de captación ilegal, dado que las medidas de intervención y control del gobierno, adoptadas precisamente en desarrollo de la emergencia social, presumiblemente excluyen en el inmediato futuro esa posibilidad.

Si, tal como se expuso anteriormente, las personas acuden al mercado informal de crédito para satisfacer unas necesidades de financiación que no son cubiertas por el sistema formal, dirigirse a mecanismos de captación masiva que ofrecían beneficios exorbitantes, con el propósito de cubrir los intereses excesivos, era una posibilidad meramente coyuntural, y no un patrón de conducta de quienes son usuarios del mercado informal de crédito.

¹⁸ Ver estudio de Econometría S.A.

De este modo, la represión de las modalidades de usura a las que alude el decreto objeto de estudio, tendría un impacto indirecto y eventual sobre la crisis generada por las captadoras masivas de recursos no autorizadas.

En ese contexto, prevenir que las personas utilicen determinados sistemas de crédito a tasas excesivas, no ofrece una solución a sus requerimientos de financiación y no reduciría la propensión que pudiesen presentar hacia los sistemas de captación que ofrecían beneficios exorbitantes. Observa la Corte que, en el supuesto del decreto, las personas que se habían endeudado en el mercado informal, debían contar con un excedente de liquidez para poder acceder a las captadoras no autorizadas. De existir la posibilidad de invertir dicho excedente en operaciones con rendimientos extraordinarios, las personas lo harían, independientemente de lo que ocurra en el mercado del crédito informal.

La consideración contenida en el decreto parte del supuesto de que, al menos en parte, la proliferación del fenómeno de la captación no autorizada de recursos se explica por el hecho de que muchas personas, endeudadas en el sistema informal, se vieron forzadas a acudir a alternativas de rentabilidad extraordinaria para cubrir los intereses excesivos a los que se habían comprometido. Pero si, como se ha visto, ello supone que tales personas deben contar con un excedente de liquidez, parecería evidente que es necesario cambiar la consideración sobre la motivación de las conductas, porque ella estaría dada por la disponibilidad del excedente y la posibilidad de invertirlo obteniendo beneficios extraordinarios, independientemente del destino que luego debiera darse a tales rendimientos.

3.4.2.5. Por otra parte, en cuanto hace a la conexidad interna, se trata de establecer la correspondencia de medio a fin. Si como se señala en los considerandos, la finalidad específica de la medida es la de prevenir que personas que deben sufragar cuantiosos intereses en el mercado informal de crédito acudan al mecanismo potencialmente ruinoso de las captadoras no autorizadas, y si ello se pretende lograr reprimiendo más drásticamente las actividades usurarias que se realicen bajo la modalidad de los pactos de retroventa o los mecanismos de cobro periódico, la medida sería, a estas alturas, inconducente, porque es presumible que la labor de intervención de las autoridades dispuesta por virtud del Estado de Emergencia, prevenga en el plazo inmediato el surgimiento de nuevos fenómenos de captación ilegal, lo que hace poco probable que los ciudadanos con dificultades financieras puedan acudir a tales esquemas a fin de financiar los valores que deben cancelar a los prestamistas.

En todo caso, no se aprecia que ese eventual efecto preventivo tenga una utilidad actual, de tal manera que pueda admitirse como imperativa la necesidad de regularlo por la vía excepcional de la emergencia. Podría tener un sentido de prevención, para un futuro hipotético, no ciertamente

inmediato, en el que un eventual relajamiento de los controles estatales, permitiera un resurgimiento de los mecanismos de captación masiva no autorizada. En tal supuesto, sin embargo, la medida no apuntaría a enfrentar una crisis actual, en condiciones de emergencia que justifiquen acudir al régimen de excepción, y debería, entonces, adoptarse a través de los mecanismos ordinarios.

En ausencia de efectivos controles sobre la actividad de captación no autorizada, el incremento en la pena aplicable al crédito usurario en nada incide sobre la propensión de una persona que cuente con un excedente de liquidez a invertir en esas operaciones de captación ilegal, si las mismas ofrecen beneficios exorbitantes.

3.4.2.6. De este modo, en cuanto hace a la consideración presentada por el gobierno para sustentar la medida adoptada mediante Decreto 4450 de 2008, concluye la Corte que no se satisfacen el requisito de conexidad y, por consiguiente, tampoco el de especificidad, que, como se ha visto, en este caso exigía que, dado que la medida desborda el ámbito material de la situación que dio lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia, se estableciera una muy clara y estrecha relación de conexidad.

3.4.3. No obstante que las anteriores consideraciones giran en torno a la razón que expresó el gobierno para fundamentar la medida objeto de examen, encuentra la Corte que, para establecer la relación de conexidad entre el decreto objeto de examen y las causas que condujeron al estado de emergencia, así como para determinar si se cumple con el requisito de especificidad, cabría hacer otras inferencias, distintas de las propuestas por el gobierno, e, intuitivamente, más verosímiles, como suponer que las personas acudían a las retroventas o al crédito informal para hacerse a los recursos que les permitirían acceder a las ofertas de utilidad extraordinaria realizadas por los captadores ilegales, o que quienes resultaron defraudados por las captadoras ilegales se verán forzados a acudir a las retroventas y a los mecanismos de cobro periódico, para obtener los recursos que les permitan atender sus compromisos cotidianos.

De hecho, de manera *ex post*, el gobierno, en sus intervenciones en el proceso de constitucionalidad, explica la medida adoptada con consideraciones distintas de las que se incorporaron en la parte motiva del decreto, y que coinciden con las que se acaban de esbozar. En efecto, señala, por ejemplo, el Ministerio del Interior y de Justicia que:

“Dentro de las medidas que integran el bloque jurídico tendiente a conjurar la situación que motivó la declaratoria de emergencia social se consideró necesario, a efectos de evitar un mayor detrimento patrimonial, sancionar el excesivo cobro de intereses a través de figuras como los cobros diarios o periódicos y la venta con pacto de retroventa.

Tales manifestaciones de usura han sido identificadas en la cadena de captación masiva e ilegal de recursos como causa y como consecuencia de la grave situación económica desatada por aquella. Como causa, pues muchas personas, atraídas por los excesivos rendimientos que engañosamente ofrecían dichos captadores, acudieron a tales figuras con el fin de obtener la liquidez inmediata necesaria para ‘invertir’.

(...)

De otro lado, en la medida en que se evidenció el fenómeno de captación como manifestación latente de una estafa masiva con hondas repercusiones para el orden económico y social, emergieron con desmedido oportunismo los mecanismos de cobro diario o periódico y la venta con pacto de retroventa, con los cuales, aprovechando el descalabro económico de miles de familias, continuaron celebrando contratos de mutuo con tasas de interés desmedidas. Se aumentó así el pasivo *per capita* y, en consecuencia, se erosionó aún más la crisis generada por las empresas de captación ilegal.”

3.4.3.1. Frente a esta situación, advierte la Corte que, de acuerdo con los criterios que se han fijado en esta providencia, el examen de conexidad es más estricto cuando (i) la motivación del correspondiente decreto es insuficiente; (ii) el análisis del contexto no muestra de una manera clara e inequívoca los elementos que acreditan la conexidad, (iii) se pretenda que no es posible evitar que la medida tenga un alcance más amplio que el propio de los factores de la crisis y (iv) la medida sea de tipo penal.

3.4.3.2. La medida que es objeto de análisis en esta oportunidad, aún con la justificación que de manera posterior se presenta por el gobierno, no responde a las exigencias de un escrutinio estricto, por las razones que la Corte expone a continuación:

3.4.3.2.1. Si lo que se busca es ofrecer una respuesta para las personas que se vieron defraudadas por las captadoras ilegales, que perdieron sus ahorros y que ante la urgencia de atender sus necesidades cotidianas en materias tales como alimentación, vivienda, salud, educación, etc., se vieron forzadas a acudir a los mecanismos informales de crédito a tasas excesivas, la sola medida de incrementar las penas, y la manifestación implícita de una voluntad de hacer efectiva la represión del ilícito, no les ofrece una solución. Por el contrario, implicaría negarles el acceso a la única fuente de financiación disponible para ellas.

No cabe argumentar que lo que se busca es que el crédito informal se realice con sujeción a los límites legales en materia de tasas de interés, porque documentos del propio gobierno han puesto en evidencia que, a las tasas de interés legalmente permitidas, las operaciones de crédito que se atienden de manera informal, no resultarían rentables.

La consecuencia sería el cierre de las alternativas informales de financiación,

y de hecho así lo han manifestado los distintos voceros de entidades de compraventa que intervienen en el proceso para expresar que se verían abocados al cierre de sus actividades, las cuales, afirman, no constituyen operaciones de crédito, se realizan al amparo de la ley, y con el cumplimiento de las formalidades propias de la actividad mercantil.

De ser ello así, la medida no ofrecería respuesta alguna para los afectados que requieren financiar sus actividades cotidianas. Incluso tendría el efecto negativo de informalizar aún más el crédito, porque las entidades o negocios medianamente formalizados serían los más susceptibles al control, el delito se haría menos visible y más claramente ilícito¹⁹, porque se desenvolvería contra prohibición expresa, y, por consiguiente, más gravoso, no sólo en cuanto a tasas, sino a condiciones de otorgamiento y de recaudo.

3.4.3.2.2. Podría señalarse que la medida debe apreciarse dentro de un conjunto de instrumentos que comprenden, no sólo la agravación punitiva para comportamientos usurarios, sino también el ofrecimiento de alternativas de crédito formal en condiciones favorables.

Tales instrumentos de crédito pueden, ciertamente, considerarse como una respuesta orientada a ofrecer una solución efectiva a quienes se encuentran en situación de crisis financiera debido a la defraudación de las captadoras ilegales. Pero, en tal caso, si mediante medidas focalizadas de crédito en condiciones especiales, se atienden los requerimientos de estas personas, desaparecería la necesidad que ellas tendrían de acudir al crédito informal, y con ello, también el soporte para intervenir ese fenómeno por la vía excepcional de los decretos de emergencia.

3.4.3.2.3. Implicaría lo anterior que, con ocasión de la crisis social desatada por la defraudación de las captadoras ilegales, el gobierno interviene en una realidad de crédito informal, que tiene su propio ámbito, distinto del de las captadoras ilegales y que con esa intervención, que, como se ha visto, no tendría impacto positivo sobre las personas defraudadas, se verían afectados quienes participan de ese sistema de crédito informal, por activa y por pasiva, aún cuando nada tengan que ver con la crisis social generada por el fenómeno de captación ilegal.

No desconoce la Corte la necesidad de enfrentar el fenómeno de la usura, pero no es menos cierto que, por las razones anotadas, ello no puede hacerse en esta ocasión por la vía de los decretos de emergencia, sino que requiere una solución de carácter integral, que ofrezca una respuesta efectiva a las personas que, como única alternativa para financiar sus operaciones, acuden

¹⁹ Al menos frente a la ambigüedad que puede presentarse frente al negocio de compraventa con pacto de retroventa, del que se ha afirmado que no constituye *per se* una modalidad de ocultamiento de operaciones de crédito usurario, y que, en todo caso, se ha desarrollado a la luz pública, y con la tolerancia e, incluso, anuencia, de las autoridades.

al mercado informal de crédito, solución que corresponde desarrollar al legislador ordinario.

3.4.3.2.4. Por otra parte, si se atiende a la situación de quienes acudieron al mercado informal de crédito, para obtener, a tasas excesivas, recursos que después invirtieron con los captadores ilegales y que ahora perdieron por efecto de la crisis, surge al rompe un interrogante que tiene que ver con la necesidad de la medida adoptada por el gobierno.

En efecto, la medida contiene una agravación de la pena prevista para el delito de usura cuando para su realización se acude a determinadas modalidades.

Como se ha dicho, esa medida parte de la consideración de que el tipo penal de la usura ya incluye la actividad realizada mediante las modalidades de pacto de retroventa y de cobros periódicos. Ese presupuesto tiene dos implicaciones: Por un lado, la actividad de los prestamistas es susceptible de represión y control con base en las disposiciones del código penal anteriores a la emergencia; por otro, la agravación punitiva no resultaría aplicable a las conductas realizadas con anterioridad a la vigencia del estado de emergencia.

Debe tenerse en cuenta que en este supuesto opera una inversión de la relación de causa a efecto. No se trata de una situación en la cual las personas que acuden al mercado informal de crédito presentan un excedente de liquidez que da lugar al surgimiento de fenómenos de captación masiva, sino al contrario, la existencia de oportunidades de inversión, con elevadísimos rendimientos, propició que algunas personas acudieran al mercado informal de crédito con el fin de obtener unos recursos, aún a tasas de usura, para destinarlos a las operaciones promovidas por las captadoras no autorizadas. De este modo, el control sobre las captadoras no autorizadas conduciría a extinguir la demanda de crédito informal asociada a ellas, y el incremento punitivo previsto en el decreto, resultaría, en este contexto, inconducente para la finalidad propuesta.

3.4.3.2.5. Tampoco parece clara la razón por la cual un fenómeno que, de acuerdo con las propias autoridades gubernamentales, se ha desarrollado al margen de la ley y que por su naturaleza resulta de muy difícil supervigilancia y control, pudiera ahora ser intervenido, a partir de un decreto de incremento de penas.

Alguno de los intervinientes ha planteado que ese incremento tendría como propósito aumentar la eficacia preventiva del tipo de la usura, que en el texto del código penal, por la cuantía de la pena, resultaba disminuida por la posibilidad de que quienes fuesen condenados se acogiesen a mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. Pero tal explicación parte de dos supuestos, primero que haya una efectiva actividad de persecución de la

actividad de la usura, y segundo, que la norma desplegaría su efecto preventivo hacia el futuro, condición esa última que la haría inocua frente a los hechos ya cumplidos.

3.4.3.3. De esta manera, concluye la Corte que, aún si el decreto se examina a la luz de consideraciones más amplias que las previstas en su parte motiva, se puede establecer que no se satisfacen las exigencias de especificidad y de conexidad, porque es claro que el mismo se dirige a regular una actividad que rebasa el ámbito propio de la crisis que dio lugar al estado de emergencia, sin que estén establecidas, así fuese sumariamente, las razones de finalidad y necesidad que expliquen su adopción por la vía excepcional de la emergencia social.

La anterior conclusión es tanto más evidente cuando se toma en cuenta que el decreto objeto de examen modifica un tipo penal, dado que, como se ha dicho, en ese supuesto, del principio de legalidad se desprende una restricción más estricta a la posibilidad de que, a través de un decreto de emergencia, el gobierno impusiera consecuencias penales a sujetos no vinculados directamente con los hechos que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia.

3.5. Observa, finalmente, la Corte que la realidad del crédito informal y de las actividades que de alguna manera constituyen una alternativa para los requerimientos de financiación de ciertos sectores de la sociedad, exige un tratamiento integral orientado, no sólo a reprimir las conductas socialmente nocivas y merecedoras de reproche penal, sino a regularizar determinados fenómenos que son expresión de la insuficiencia de la oferta institucional de crédito, permitir el acceso al crédito de los sectores económicamente más débiles, fijar las condiciones en las que distintos actores pueden dar respuesta a una necesidad social y prevenir los abusos a los que conduce la falta de regulación.

3.5.1. Por los canales ordinarios, en Colombia se ha avanzado en esta materia, y sobre el particular puede mencionarse, por ejemplo, la política de bancarización y su expresión concreta en la denominada “*Banca de Oportunidades*”. Dentro de los mismos decretos de emergencia se han adoptado medidas orientadas a brindar un soporte a quienes, como consecuencia de las pérdidas sufridas por la defraudación de las captadoras ilegales, se vean en situación de necesidad, mediante mecanismos para facilitar el acceso al crédito.

3.5.2. Dentro de la distribución constitucional de competencias, corresponde al Congreso establecer las bases de esa intervención en el fenómeno del crédito informal. Allí, con la plenitud de las garantías propias del debate democrático, debe adoptarse el marco de acción a partir del cual, en ejercicio de sus atribuciones ordinarias, el gobierno deberá desplegar las

actividades de vigilancia y control, la fiscalía, las que le corresponden en el ámbito de la persecución del delito, y los jueces, para la aplicación de las correspondientes sanciones.

3.5.3. En ese contexto, advierte la Corte que no es posible acudir a las facultades excepcionales propias del estado de emergencia para enfrentar situaciones sociales que, si bien requieren la atención del Estado, tienen carácter estructural y cuyo desenvolvimiento es ajeno a la crisis que da lugar al estado de excepción.

3.5.4. No se aprecia en esta oportunidad que la medida adoptada por el gobierno esté orientada exclusivamente a conjurar la crisis, porque regula e interviene en una realidad anterior y, por lo menos, mucho más extensa que la que pueda predicarse de los efectos colaterales que sobre el fenómeno de la captación ilegal pueda haber tenido la realidad de crédito informal. Tampoco se muestra que se trate de una realidad sobreviniente o de un eventual agravamiento de una preexistente. Ni es claro que las medidas debieran adoptarse por la vía extraordinaria de los decretos de emergencia, aspecto sobre el cual cabe señalar que los estados de excepción no son una vía para eludir el trámite legislativo cuando se anticipe que el mismo pueda ser engorroso, difícil o impopular.

3.6. Conclusiones

Con base en el precedente análisis es posible extraer las siguientes conclusiones:

3.6.1. El Decreto 4450 de 2008 incrementa, de manera general, las penas previstas para el delito de usura en el Código Penal, cuando la conducta se cometa acudiendo a los pactos de retroventa o a los mecanismos de cobros periódicos.

3.6.2. Existe en Colombia una extendida realidad de crédito informal que opera, entre otras modalidades, a través de las figuras de pacto de retroventa y cobros periódicos a las que alude el decreto objeto de revisión.

3.6.3. La emergencia social se decretó para enfrentar la crisis generada por el fenómeno de las captaciones masivas ilegales de recursos del público.

3.6.4. El crédito informal y la captación masiva ilegal, son fenómenos distintos en su naturaleza, que se desenvuelven en escenarios propios e independientes.

3.6.5. Es posible establecer relaciones de conexidad entre uno y otro fenómeno. En ese sentido, se consideran inferencias razonables las que apuntan a una relación de doble vía, según la cual, por una parte, muchas

personas acudieron al mercado informal de crédito con el objeto de obtener recursos para colocarlos con las captadoras no autorizadas, y, por otra, muchas personas pueden verse forzadas acudir al mercado informal de crédito como consecuencia de haber perdido sus ahorros debido a la crisis de las captadoras ilegales.

3.6.6. No obstante lo anterior, la intervención del gobierno contenida en el decreto objeto de análisis rebasa claramente el ámbito de la crisis que dio lugar a declarar el estado de emergencia social, puesto que no consiste en medidas específicamente orientadas a atender a quienes se encuentran en la intersección de los dos fenómenos, sino que se dirige, de manera general, contra el fenómeno del crédito informal a tasas excesivas.

3.6.7. No se aprecian las razones de necesidad que lleven al gobierno a intervenir directamente la realidad de crédito informal como un mecanismo para enfrentar la crisis generada por las captadoras ilegales. La medida adoptada en el Decreto 4450 de 2008 no es ni específica, ni conducente, ni necesaria. En esas condiciones la intervención rebasa el ámbito de las facultades de emergencia.

3.6.8. Aunque no se desconoce la necesidad de regular el crédito informal, no aparecen las razones por las cuales, a la luz de la crisis generada por el fenómeno de la captación no autorizada de recursos del público, ello deba hacerse por la vía de los decretos de emergencia, sino que, por el contrario, lo apropiado es acudir para el efecto a las instancias ordinarias establecidas en la Constitución.

3.6.9. Considerándose procedente la interpretación que, como presupuesto de la medida adoptada, hace el gobierno sobre el alcance del tipo penal de la usura, conforme a la cual allí están comprendidas prácticas como la del pacto de retroventa o los mecanismos de cobros periódicos cuando mediante ellos se oculten operaciones de crédito que generen utilidad que exceda el límite de la usura, nada impediría que aquél, en ejercicio de las atribuciones de policía, que ya posee, adopte las medidas conducentes para prevenir y combatir el fenómeno.

3.6.10. A partir de las anteriores premisas concluye la Corte que el Decreto 4450 de 2008 no cumple con los presupuestos constitucionales para la validez de los decretos de emergencia, por cuanto la realidad social hacia la cual se dirigen las medidas en él previstas tiene una relación de conexidad apenas eventual con las causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, en una magnitud que no ha sido establecida, a lo que se agrega que las medidas adoptadas no satisfacen los requisitos de especificidad y conexidad, razón por la cual se declarará su inexecutableidad.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar la INEXEQUIBILIDAD del Decreto 4450 de 2008, “*Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal*”.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA
Presidente
Con Aclaración de Voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado
Con Aclaración de Voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada (E)

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ
Magistrada (E)

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Con Aclaración de Voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con Aclaración de Voto

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario ad hoc

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-226 DE 2009

Referencia: expediente RE-141

Revisión constitucional del Decreto Legislativo 4450 de 2008 *“Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal”*.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

En la parte resolutive de este fallo la Sala Plena decidió declarar inexecutable el Decreto Legislativo 4450 de 2008 “Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código penal”, si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría 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 en principio 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.

Ahora bien, este último argumento en contra de la adopción o modificación de ilícitos penales mediante decretos legislativos expedidos bajo el estado de emergencia social se ha pretendido superar con la fijación de un término de vigencia temporal de estas disposiciones, solución que en todo caso resulta desafortunada porque carece de respaldo constitucional y se fundamenta exclusivamente en la aplicación analógica –por no decir arbitraria– del término previsto en la Constitución para otro supuesto totalmente distinto.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA C-226 de 2009**

Referencia: expediente RE- 141

Asunto: Revisión constitucional del Decreto Legislativo 4450 de 2008, Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal.

Magistrados Ponentes:
Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

La presente aclaración de voto tiene el propósito de reiterar y ampliar mi posición sostenida en las discusiones de Sala Plena sobre la imposibilidad de adoptar medidas punitivas en decretos legislativos dictados en ejercicio de facultades de emergencia económica, social o ecológica. Esta posición se fundamenta en tres razones fundamentales que desarrollaré a continuación: (i) Los estados de excepción son una expresión del estado de derecho: el inexcusable respeto por el principio de legalidad y la competencias regladas; (ii) La autonomía de los estados de conmoción y de emergencia: las diversas respuestas que amerita el restablecimiento del orden público político y del orden público económico-social; (iii) El principio democrático en la configuración de la política criminal, y el efecto simbólico de las medidas penales transitorias.

1. Los estados de excepción son una expresión del estado de derecho: el inexcusable respeto por el principio de legalidad y las competencias regladas.

Desde el acto legislativo No. 01 de 1968, y luego con mayor énfasis en el proceso constituyente que culminó con la Carta de 1991, una de las más auténticas preocupaciones en materia de regulación de los estados de excepción, fue la de delimitarlos y sujetar su declaratoria y uso a unas precisas reglas de derecho. Ese propósito llevó a que los supuestos fácticos, las facultades y los controles adscritos a cada uno de los estados de excepción fuesen específicamente regulados en la Constitución (Arts. 212 a 215), y en la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994). Esta preocupación surgió de las prácticas que deslegitimaron el estado de sitio

debido al uso indiscriminado, excesivo e incontrolado que varios gobiernos hicieron de esta desgastada figura.

El claro propósito del Constituyente de someter los estados de excepción a las reglas del derecho, impone colocar en un lugar preferente el principio de legalidad en la aplicación y el control de los instrumentos de excepción. Este imperativo deriva de la evidente relación que existe entre el estado de derecho, la democracia representativa y la vigencia de los derechos fundamentales. Según lo han destacado en diferentes informes y opiniones tanto la Comisión como la Corte Interamericana de derechos humanos, la vigencia del principio de legalidad en los estados de excepción “constituye la piedra angular para que la “excepcionalidad” no afecte la vigencia de la democracia representativa y el estado de derecho, y afecte en la menor medida posible la vigencia de los derechos humanos reconocidos pro la CADH²⁰.

El principio de legalidad que orienta los estados de excepción cobra particular relevancia, cuando los gobiernos acuden al ejercicio del poder punitivo para conjurar las crisis que originaron el estado de anormalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la relevancia del principio de estricta reserva legal, que enfatiza la preeminencia del principio democrático en el ejercicio del poder punitivo, dado el amplio poder de intervención que esta regulación tiene sobre los derechos individuales:

“22. (...) la 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 (...) || 23. 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. || 24. **La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad,**

²⁰ Derechos Humanos y Estados de Excepción, Leandro Despouy, Pg. 29. Universidad Nacional Autónoma de México. 1999.

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”²¹. (Se destaca).

La limitación a este principio de estricta reserva legal, que el derecho constitucional contemporáneo reclama para el legítimo ejercicio del ius puniendi, debe estar autorizada por la Constitución, habilitación que el sistema jurídico colombiano no contempla cuando se trata de enfrentar situaciones de emergencia, económica, social o ecológica .

La pretensión de someter los estados de excepción a las reglas del derecho lleva implícita su función limitadora y de garantía de los derechos ciudadanos frente al ejercicio del poder público. La regulación de los estados de excepción es, por ende, de carácter restrictivo, lo que implica que ni el ejecutivo al declarar la situación de excepción o adoptar la legislación de desarrollo, ni el Tribunal Constitucional al ejercer el control automático, estén autorizados para hacer interpretaciones extensivas o analógicas que reconozcan facultades que no estén explícitamente contenidas en la Constitución, o en la ley estatutaria de los estado de excepción.

Es esta una de las razones por las cuales discrepo de la decisión mayoritaria que reconoció, en abstracto, al gobierno la facultad de crear o modificar tipos penales con base en los poderes derivados de la declaratoria de emergencia social, en cuanto se trata de una facultad que no está explícita ni en la Constitución ni en la ley estatutaria de los estados de excepción. Estimo que tal concepción viola el principio de legalidad que rige los estados de excepción, así la naturaleza restrictiva, limitadora y de garantía que el Constituyente de 1991 asignó a la regulación de estos estados, apartándose del propósito primigenio de someter los poderes de excepción a las reglas del derecho.

2. La autonomía de los estados de conmoción y de emergencia: las diversas respuestas que amerita el restablecimiento del orden público político y del orden público económico-social.

La razón central que adujo la Corte para declarar conforme a la Constitución la posibilidad de legislar en materia penal durante los estado de emergencia, fue su asimilación a la conmoción interior, situación esta para la cual la Ley

²¹ Opiniones consultivas OC-6, OC-8, OC-9 de la CortrIDH.

137 de 1994 (Art. 44) sí prevé y regula de manera explícita facultades al Gobierno para el ejercicio del poder punitivo. Aplicando una especie de analogía, en una materia restrictiva, la Corte estimó que el marco normativo establecido en el artículo 44 de la Ley estatutaria para el ejercicio del poder punitivo en los estados de conmoción, y las reglas establecidas, para los mismos efectos, en la sentencia C-939 de 2002, podían aplicarse de manera extensiva a los estados de emergencia social.

Esta asimilación desconoce el discurrir histórico que llevó, primero al Constituyente de 1968 y luego al de 1991, a separar la regulación de las causas de perturbación del orden político y policivo, de aquellas que alteraban gravemente el orden económico, social y ecológico. La inconveniencia y los riesgos que conllevaba el uso del artículo 121 de la Constitución para sortear situaciones de perturbación originadas en desajustes de carácter económico-social, condujo a institucionalizar en 1968 el estado de emergencia (Art. 122) como figura independiente y autónoma, distinta de las denominadas facultades extraordinarias y del estado de sitio, que permitiera la adopción de medidas realmente apropiadas para casos de perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente del orden económico o social.

La yuxtaposición de conceptos entre lo policial y lo económico-social condujo a un recorte innecesario de las libertades públicas que se pretendió superar mediante la creación de procedimientos aptos para responder a las complejas circunstancias creadas por las situaciones de emergencia.

Para los constituyentes de 1991, una de las premisas fundamentales para la regulación de los estados de excepción fue la de prohibir al máximo la restricción de las garantías judiciales durante los estados de excepción y sujetar su aplicación a la garantía de los derechos constitucionales consagrados. Guiados por este propósito, los constituyentes rechazaron expresamente la propuesta del gobierno consistente en volver a fundir los conceptos de orden público económico-social y político, creando un solo estado de excepción que tuviera diferentes niveles de gravedad, y consecuentemente diversa amplitud en las facultades presidenciales²². Optaron de manera clara por regulaciones autónomas, por regímenes diversos con habilitación de facultades específicas y taxativas.

Por tratarse de regímenes distintos orientados a conjurar situaciones de muy diversa índole no es causal que el legislador estatutario hubiese decidido conceder facultades excepcionales al ejecutivo en materia punitiva para sortear perturbaciones o amenazas del orden público político, y que no lo hubiese hecho para afrontar las situaciones de grave calamidad pública o de grave perturbación o amenaza del orden económico, social o ecológico.

²² Cfr. Informe de ponencia para primer debate en plenaria. Estados de excepción. Gaceta No. 76.

Aunque la respuesta punitiva resulta limitada y de discutible eficacia en uno y otro estado, es claro que ni el constituyente ni el legislador estatutario consideraron la posibilidad de investir al Gobierno de facultades excepcionales para la creación o modificación de tipos penales y el incremento de penas, con el propósito de conjurar las crisis sociales o económicas generadoras del estado de perturbación. Entre otras razones por que se trata de materias que más allá de una respuesta punitiva o represiva, demandan acciones de una naturaleza afín a las causas que originaron la crisis, es decir estrategias de orden económico o social.

Para sortear las graves circunstancias con capacidad para perturbar el orden social y económico, las medidas que se profieran deben ir orientadas a conjurar la raíz del mal con la aplicación de unas medidas económicas y sociales de emergencia, y no a generar una inflación del instrumento penal apelando únicamente a su poder simbólico frente a los desequilibrios económico –sociales.

La misma divergencia estructural de las causas que originan uno y otro estado conducen a que las medidas adoptadas durante los estados de conmoción interior sean de carácter transitorio, en tanto que las que se profieren en uso de facultades de emergencia puedan tener vocación de permanencia. Esta característica de la regulación producida bajo uno y otro estado, constituye una razón más para descartar la posibilidad de extender los poderes del ejecutivo para la configuración de tipos penales y la consiguiente expansión punitiva en los estados de emergencia económica o social.

3. El principio democrático en la configuración de la política criminal, y el efecto simbólico de las medidas penales transitorias.

Uno de los aspectos que genera mayor preocupación al expandir las facultades punitivas del ejecutivo para afrontar situaciones de emergencia, radica en el carácter permanente de las medidas normativas que se adoptan bajo este régimen de excepción. La legislación penal de emergencia no responde a los requerimientos del diseño de una política criminal seria, consistente, orientada a cumplir la finalidad preventiva que le es propia. Como toda política pública, la diseñada para dar respuesta adecuada al fenómeno de la criminalidad, debe partir de un trabajo de articulación jurídica, plasmando los elementos de la política en un conjunto de proyectos normativos. Su diseño debe contener: (i) los elementos constitutivos, (ii) definir la relación entre ellos, (iii) ordenar prioridades, (iv) articular sus componentes de manera inteligible para sus destinatarios; (v) programar medios, forma y ritmos para las metas trazadas²³.

²³ Sobre los elementos que debe contener el diseño de una política pública, y la política criminal en particular, se puede consultar la sentencia C-646 de 2000, Corte Constitucional.

La inconveniencia de una legislación de emergencia en materia punitiva ha sido destacada así por la Corte:

“El adecuado funcionamiento y los buenos resultados de las reformas legales – en materia penal- dependen de que estas no hayan sido fruto del capricho del legislador, de ímpetus coyunturales, de simples cambios de opinión o del prurito de estar a la última moda, sino de estudios empíricos y de juiciosas reflexiones sobre cual es el mejor curso de la acción”²⁴

Esta Corporación ha advertido sobre la importancia del debate democrático para la definición de la política criminal del estado²⁵ y en particular para la configuración de las conductas punibles²⁶. El órgano legislativo, ha precisado la jurisprudencia, tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias. Sobre el punto la Corte ha expresado:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal”.²⁷

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Sentencia C-226 de 2002.

²⁶ Sentencia C-173 de 2001.

²⁷ Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 21.

La particular relevancia que el orden constitucional asigna al principio democrático en la configuración de la política criminal, y particularmente en la definición de los delitos y de las penas, dado el claro poder interferencia que tiene sobre los derechos y las libertades, conduce necesariamente a que la cesión de la potestad legislativa en esta materia sea explícita y reglada. No puede la Corte crear una regla de competencia que no existe en la Constitución, ni en la ley estatutaria que regula los estados de excepción, como le está igualmente vedado crear una regla adicional para atribuir carácter “temporal” de la legislación penal de emergencia.

Justamente es la ausencia de legitimidad en la posibilidad de que el Ejecutivo cree legislación penal permanente, lo que excluye la sustitución del principio democrático en esta materia, durante los estados de emergencia. Es decir, la ilegitimidad de la expedición de legislación penal de carácter permanente por parte del Ejecutivo, es una de las razones que justifica la diferencia que la Constitución y el legislador estatuario, previeron en relación con el ejercicio de esta potestad, en los estados de conmoción y en los estados de emergencia.

Debo recordar, que la razón fundamental por la cual esta Corporación declaró la exequibilidad del actual artículo 44 de la ley 137 de 1994, sobre el otorgamiento de facultades al ejecutivo para legislar excepcionalmente en estado de conmoción, fue el carácter transitorio de esas medidas. En este sentido señaló:

“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”²⁸.

La equivocación de considerar conforme a la Constitución la posibilidad (no explícita) de que el Ejecutivo legisle en materia penal para sortear situaciones

²⁸ Sentencia C-179 de 1994. Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara "Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia". (Ley 137 de 1994).

de emergencia, no se subsana atribuyéndole a esa legislación una vocación transitoria, tal como ocurre en los estados de conmoción. Esta creativa solución por la que optó la Corte produce efectos nocivos en varios ámbitos: (i) Frente a la sistemática de los estados de excepción; (ii) en torno a la función de eficacia real que se pretende dar al derecho frente a las situaciones de anormalidad que generan los estados de excepción; y (iii) respecto de la misión de límite que se espera de la regulación de los estados de excepción.

En cuanto a lo primero, porque a partir de una interpretación expansiva y analógica de estas facultades resulta que en el estado de emergencia el Ejecutivo puede proferir un tipo de legislación con vocación de permanencia (no penal) y otro con carácter transitorio (penal) para afrontar las causas que originaron el estado de emergencia, cuando tradicionalmente se ha sostenido la necesidad de que dichas medidas puedan tener vocación de permanencia. En cuanto a lo segundo, por que la transitoriedad de las medidas penales las convierte en inocuas y simbólicas, si el legislador no las convierte en permanentes; ello debido al efecto automático del principio de favorabilidad en materia penal, una vez se levante el estado de excepción. Y en cuanto a lo tercero, por que mediante la interpretación extensiva y analógica adoptada por la Corte, se creó el riesgo de flexibilizar y relativizar la regulación de los estados de excepción que el Constituyente de 1991, con manifiesto y deliberado propósito limitador, configuró de manera pormenorizada y diferenciada.

En conclusión, a juicio del suscrito magistrado la Corte debió declarar la inexecutable del Decreto 4450 de 2008, no solamente por violación de los presupuestos de especificidad y conexidad, sino fundamentalmente, por rebasar las facultades que la Constitución y la ley estatutaria de los estado de excepción le confieren ejecutivo para enfrentar las situaciones de crisis que conducen a un estado de emergencia económica y social. El marco normativo que regula los estados de emergencia no le confiere al gobierno facultades para legislar en materia penal, las cuales deben ser explícitas por tratarse justamente de facultades de excepción. La interpretación extensiva y amplificadora que la Corte hizo del artículo 215 de la Carta, se aparta de la premisa que orientó al Constituyente de 1991 al regular esta materia, en el sentido de concebir los estados de excepción como una expresión del estado de derecho, sometidos de manera estricta a sus reglas; constituye un retroceso respecto de la pretensión que animó también el proceso constitutivo de regular de manera autónoma y diferenciada las diversas situaciones de crisis que desembocan en estados de anormalidad institucional, a fin de dar respuestas adecuadas e idóneas, y sucumbió a la tentación de avalar, en abstracto, la adopción de medidas penales de simple contenido simbólico, y por ende caracterizadas por su nulo efecto preventivo, pero con gran potencialidad de impacto sobre la restricción de garantías fundamentales.

En estos términos dejo constancia de mi respetuosa y puntual discrepancia con las motivaciones de la decisión de la mayoría.

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

**ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA C-226 DE 2009**

LEGISLADOR EXTRAORDINARIO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Facultado para crear nuevos delitos o alterar la descripción típica de los existentes en el marco de la emergencia económica, social y ecológica (Aclaración parcial de voto)

En ninguna parte del texto superior se encuentra contenida una restricción de esta naturaleza respecto de las normas de carácter penal que llegaren a expedirse dentro del estado de emergencia económica, social y ecológica.

DECRETOS LEGISLATIVOS EN ESTADO DE EMERGENCIA-Vigencia temporal sólo se establece para normas de carácter tributario/**DECRETOS LEGISLATIVOS DE CARACTER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA**-Vigencia temporal no se deriva de norma expresa en la Constitución (Aclaración parcial de voto)

DECRETOS LEGISLATIVOS DE CARACTER PUNITIVO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Vigencia indefinida si Congreso no ejerce su facultad para derogarlos, modificarlos o adicionarlos (Aclaración parcial de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Imposibilidad para crear y aplicar reglas de derecho que no estén previstas en la Constitución (Aclaración parcial de voto)

Referencia: Expediente R. E. 141

Revisión constitucional del Decreto Legislativo 4450 del 25 de noviembre de 2008, “*por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal*”.

Magistrado ponente:
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito presentar las razones que sustentan mi parcial discrepancia con la motivación planteada respecto de la sentencia C-226 de 2009, cuya parte resolutive he votado de manera favorable, al compartir las razones sobre la escasa conexidad existente entre la medida adoptada por el Decreto 4450 de

2008 y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia económica y social de que trata el Decreto 4333 del mismo año, así como sobre la no demostrada necesidad de aquélla.

Tal como lo manifesté en relación con las sentencias C-224 y C-225 de esta misma fecha, respecto las cuales salvé y aclaré mi voto (respectivamente), en ambos casos en forma parcial, participo sin ningún tipo de reservas del criterio según el cual el Gobierno Nacional, que durante los estados de excepción asume el carácter de legislador extraordinario, puede dentro del marco de la emergencia económica, social y ecológica, crear nuevos delitos o alterar la descripción típica, así como las penas imponibles a aquellos previamente contemplados por el Código Penal. Sin embargo, como también lo dije en esos casos, discrepo en forma así mismo categórica de la regla que se sustenta y establece en esa providencia, según la cual *“en el evento de que una norma penal expedida durante el estado de emergencia resulte ajustada a los requisitos descritos en los apartes 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”*.

La sentencia C-226 de 2009, si bien llegó a la conclusión mayoritaria de que el Decreto 4450 del año anterior debía ser declarado inexecutable, razón por la cual no hubiera habido lugar a especular sobre la extensión de su vigencia, reiteró su ya referida línea jurisprudencial sobre la duración de las medidas de carácter penal adoptadas dentro del marco del estado de emergencia económica y social, en apoyo de lo cual citó como antecedente el fallo C-224 de esta misma fecha, en el que la Corte acogió por primera vez esta novedosa y discutible tesis.

A continuación, y en completa sintonía con lo expuesto en mi salvamento de voto a la indicada sentencia C-224 de 2009, presentaré una breve síntesis de las razones que, según lo antes dicho, sustentan mi respetuosa discrepancia con este aspecto de la motivación de esta nueva decisión:

La primera y principal de tales razones es el simple hecho de que en ninguna parte del texto superior se encuentra contenida una restricción de esta naturaleza respecto de las normas de carácter penal que llegaren a expedirse dentro del estado de emergencia económica, social y ecológica²⁹. Por ello, si bien participo de la idea de que el juez constitucional debe ejercer un estricto y celoso control sobre la validez de las medidas que el Gobierno expida al amparo de los inusuales poderes propios de los estados de excepción, lo que explica el rigor con que la Corte ha analizado aspectos como la relación de

²⁹ Por el contrario, sí existe una norma en este sentido respecto de **todas** las medidas que se adopten al amparo de los artículos 212 o 213 de la Constitución Política (estados de guerra exterior y de conmoción interior respectivamente), y respecto de aquellas de carácter tributario que se dicten durante el estado de emergencia económica (art. 215, inciso 3°).

causalidad existente entre las causas de la perturbación y el remedio que se propone, o la necesidad y razonabilidad de tales medidas, considero también que ello no le habilita para restringir el uso de tales facultades sin apoyo directo en un específico precepto constitucional que así lo establezca.

Comprensiblemente, la sentencia a la cual me vengo refiriendo refleja un importante esfuerzo argumentativo por hallar, a falta de un precepto constitucional, otro fundamento claro que justifique adecuadamente esta restricción. En ese empeño se acude a una pretendida interpretación armónica y coherente de varios preceptos constitucionales, de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, así como de algunas normas internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad, criterios todos indudablemente relacionados con la materia penal y/o con la restricción de derechos que es inherente a los estados de excepción, pero que en realidad no ofrecen un elemento verdaderamente diferenciador, ni menos aún de superior validez, a la notoria ausencia de una norma constitucional que sustente la limitación que la Corte establece en esta sentencia.

Considero que este tipo de interpretaciones, apoyadas en normas atinentes a temas aledaños al que para el caso concreto resulta determinante, así como en principios derivados del bloque de constitucionalidad, no son de recibo cuando la voluntad del Constituyente en relación con el tema concreto es suficientemente clara, como en este caso sucede, según resulta de la espontánea observación de las normas superiores que lo regulan.

De otra parte, es sumamente dicente la dificultad que se atraviesa cuando, una vez deducida esta novedosa regla de derecho sobre temporalidad de las medidas de carácter penal dictadas al amparo del estado de emergencia, la Sala se pregunta entonces cuál debe ser el término de dicha vigencia temporal. En este punto quienes acompañan esta tesis echan mano de una regla contenida en el mismo artículo 215 de la Carta Política, que regula la vigencia de las medidas que “*establezcan nuevos tributos o modifiquen los existentes*”, concluyendo entonces que la referida vigencia temporal debe ser de un año, tal como por disposición constitucional ocurriría si la norma tuviera naturaleza tributaria.

A su turno, esta solución deja al descubierto dos importantes aspectos que no hacen sino confirmar la improcedencia de esta nueva regla, establecida por decisión de la Corte Constitucional: de una parte, el hecho de que el precepto superior aplicable contempló de manera específica el caso de las normas de contenido tributario y señaló frente a ellas un determinado parámetro de vigencia, lo que permite concluir que toda otra regla especial, análoga a aquella, debería así mismo constar de manera expresa, cosa que en este caso no ocurre; de otra, que la total ausencia de referentes para determinar el tiempo de vigencia de estos decretos conforme a la regla deducida por la

mayoría, resulta por lo menos indicativa de que la Constitución de 1991 no consideró necesaria una restricción temporal en este sentido.

En otro ámbito, también es importante resaltar que la norma constitucional sobre el estado de emergencia económica, social o ecológica (art. 215) expresamente contempla y regula en su inciso 6° la facultad que el órgano legislativo tiene para “*derogar, modificar o adicionar*” los decretos a que se refiere este artículo, incluso en relación con materias que ordinariamente son de iniciativa privativa del Gobierno Nacional. Entiendo entonces que de esta regla, así como de la ya comentada ausencia de normas que de manera directa limiten la vigencia de los decretos dictados durante el estado de emergencia, se desprende que en caso de que las cámaras legislativas no hagan uso de este derecho, la vigencia de estas normas deberá entenderse indefinida.

La claridad de todas estas circunstancias, que no pueden ser desconocidas con solo alegar el supuesto simplismo de toda interpretación literal, me lleva a reiterar lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que el guardián de la integridad y supremacía de la Constitución no puede, so pretexto de cumplir su delicado encargo, crear y aplicar nuevas reglas de derecho no previstas en el texto superior, pues evidentemente ello implicaría alterar la integridad y supremacía que, precisamente esta Corte, es responsable de defender. Por lo demás, la deducción de esas reglas al margen de lo claramente previsto en los textos constitucionales, sugiere incluso que en realidad se han aplicado criterios de conveniencia, consideraciones que como es sabido, son inadmisibles como sustento de las decisiones que a esta corporación le corresponde adoptar al ejercer sus competencias de control constitucional.

De otra parte, es importante reiterar que con este novísima postura la Corte Constitucional ha abandonado el criterio que sobre el tema en comento había mantenido el juez constitucional³⁰ en pronunciamiento que si bien es anterior a la vigencia de la Constitución de 1991, estuvo basado en disposiciones superiores esencialmente idénticas a las actualmente vigentes³¹. Dicha identidad es notoria, particularmente en lo que atañe a la ausencia de previsiones normativas de las cuales pudiera derivarse el carácter esencialmente temporal de este tipo de medidas y en lo relativo a la posibilidad de que el poder legislativo revoque o modifique tales decisiones, regla que según lo antes explicado reafirma la vigencia indefinida de aquellas.

30 Sentencia N° 85 de la Plena de la Corte Suprema de Justicia emitida el 2 de diciembre de 1982 respecto del Decreto 2920 de 1982 (M. P. Ricardo Medina Moyano) cuyos artículos 18, 19 y 20 crearon varios nuevos tipos penales. Nótese que si bien esta sentencia fue objeto de varios salvamentos y aclaraciones de voto, ninguno de ellos se refiere a este aspecto, frente al cual la Corte Suprema de Justicia decidió de manera unánime, sin hacer ningún tipo de salvedades respecto de la vigencia de estos decretos.

31 En efecto, más allá de puntuales diferencias de redacción o gramática, es notoria la coincidencia existente entre el contenido del artículo 122 de la anterior Constitución (texto del artículo 43 del Acto Legislativo 01 de 1968) y el del artículo 215 de la Constitución de 1991, actualmente vigente.

Las anteriores razones, particularmente la ausencia de una expresa previsión normativa que permita al juez constitucional introducir un condicionamiento como el advertido en la sentencia C-226 de 2009, explican entonces mi desacuerdo, únicamente con este específico aspecto de su motivación, tal como en su momento lo manifesté durante las deliberaciones cumplidas en relación con este caso ante la Sala Plena de esta corporación.

Con mi habitual y profundo respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado