

Sentencia C-136-09

Referencia: expediente RE-138

Revisión de constitucionalidad del Decreto legislativo No 4335 del 17 de noviembre de 2008, "Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto No 4333 de noviembre de 2008".

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES

Como lo ordena la Carta Política, el Presidente de la República ha enviado a la Corte Constitucional, al día siguiente a su expedición, el Decreto Legislativo 4335 del 17 de noviembre de 2008, dictado en desarrollo de las facultades de Estado de Emergencia Económica y Social declarado mediante Decreto 4333 de la misma fecha.

El texto del ordenamiento sometido a revisión es el siguiente:

(noviembre 17)

Por el cual se asignan funciones a los alcaldes y gobernadores en desarrollo del decreto No 4333 de noviembre de 2008.

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 se hace necesario dotar de facultades y establecer obligaciones a las autoridades de policía para detener de manera cautelar la actividad de captación y recaudo no autorizado de los recursos públicos.

DECRETA

Artículo 1°. Cuando se infiera que en el territorio de su respectiva jurisdicción se puedan estar desarrollando actividades a las que se refiere el Decreto 4334 de 2008, el Alcalde Distrital o Municipal deberá ordenar el cierre preventivo del establecimiento de comercio, local, oficina o cualquier lugar donde se desarrollen dichas actividades. Si el Gobernador del respectivo departamento tiene conocimiento de alguna de las

situaciones descritas en el señalado artículo 1° del decreto 4334 de 2008, deberá informar al alcalde de la localidad en las que éstas se vienen presentando.

El alcalde procederá de manera inmediata a dar aviso a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia.

Artículo 2°. Adicionase el artículo 48 de la ley 734 de 2002 con el siguiente numeral:

“ 64. Depositar o entregar recursos a las personas que desarrollen las actividades descritas en el artículo 1° del decreto 4334 de 2008, o en las normas que lo modifiquen o adicionen.”

Artículo 3°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación .

Publíquese y cúmplase.

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C. a los 17 de noviembre de 2008.

Álvaro Uribe Vélez.

II. INTERVENCIONES

Ante la Corte fueron presentados los siguientes escritos, firmados por ciudadanos intervinientes en el proceso, en ejercicio del derecho contemplado por el artículo 242, numeral 1, de la Constitución Política:

Luisa Fernanda Ballén Martínez, María Carolina Rojas Charry, en su calidad de apoderada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; Fabio Valencia Cossio, actuando en calidad de Ministro del Interior y de Justicia; José Yesid Benjumea Betancur, en su calidad de apoderado de la Superintendencia Financiera de Colombia; Emérita Hoyos Lozano, Yeison Zarta Martínez, Manuel José Martínez M, Hernando Hoyos Lozano, Oscar Alirio Rodríguez Rodríguez.

Los restantes escritos presentados por diversos ciudadanos donde se solicita un pronunciamiento de constitucionalidad sobre el decreto bajo estudio, no serán tenidos en cuenta por haber sido radicados de manera extemporánea.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, en Concepto No. 4680 A presentado el 19 de enero de 2009, solicita a la Corte se declare la exequibilidad del Decreto legislativo No 4335 del 17 de noviembre de 2008, “Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto No 4333 de noviembre de 2008”. Lo anterior con base en los siguientes argumentos:

Examen de forma: Se señala que el decreto bajo estudio está suscrito por el Presidente de la República y todos sus ministros , luego cumple a cabalidad con los requisitos de forma exigidos por la Constitución.

Examen de fondo: La expedición de decretos legislativos con base en la declaratoria del

estado de emergencia social, encaminados a conjurar la crisis y a impedir sus efectos es una facultad constitucional y legal expresa, atribuida al Presidente de la República a través del inciso segundo del artículo 215 de la Carta Política, reiterada en el artículo 47 de la ley estatutaria 137 de 1994 que regula los Estados de Excepción. Así las cosas, en términos de factor competencia legal no se advierte, se indica, la existencia de vicio alguno que invalide la normativa en estudio.

Tampoco se advierte la existencia de vicios originados en el factor temporal, toda vez que el decreto bajo estudio fue expedido simultáneamente con el decreto 4333 de la misma fecha en el cual se declara el Estado de emergencia social por el término de 30 días como se halla previsto en el artículo 215 superior.

En cuanto las disposiciones en revisión, se agrega, se observa que no contienen restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales. Encuentra el Ministerio Público que la medida de imponer a los alcaldes distritales y municipales el deber de ordenar el cierre de establecimientos, locales, oficinas o lugares en los cuales se desarrolle la actividad ilegal de captación masiva de recursos del público guarda estrecha relación de conexidad con los motivos expresados en el decreto 4333 de 2008, en cuanto que en la parte motiva de éste se hace expresa mención a la proliferación de distintas modalidades de captación de recursos del público por fuera del marco legal, con grave riesgo y amenaza ya que sus captadores no ofrecen las garantías y seguridades propias de la actividad financiera, siendo necesaria la adopción de mecanismos ágiles para contrarrestar las aludidas prácticas y de esa manera evitar una posible crisis social.

Ahora bien, respecto de la falta disciplinaria consagrada en el decreto bajo estudio, dicha tipificación guarda relación con las consecuencias punitivas que es necesario derivar de las prácticas realizadas por los distintos sujetos del derecho al margen de la ley y por quienes, a sabiendas, participen de una u otra forma en actividades que siendo objeto de regulación, vigilancia y control por parte del estado carecen de amparo legal.

Señala el señor Procurador que entre la norma en revisión y el decreto 4333 en el cual se contiene la motivación y declaratoria del Estado de emergencia social existe una relación de causalidad directa frente a los motivos que determinaron la decisión del Presidente de la República para dicha declaratoria y una relación de causalidad interna manifiesta entre la declaratoria del Estado de emergencia social y la materia que se regula en el Decreto 4335 conforme a los parámetros constitucionales.

Por lo anterior, se afirma, se solicita a la Corte declarar exequible el decreto 4335 de 2008.

Necesidad de las medidas: Señala el Ministerio Público que la práctica ilegal de captación de recursos del público en forma habitual y masiva, tiene la potencialidad de atentar de manera grave e inminente contra la estabilidad institucional, en el orden económico y social del Estado y la convivencia ciudadana. Por ello entiende que el ordenar a través de las autoridades locales el cierre preventivo de los establecimientos, oficinas, locales y lugares en los cuales se desarrolle la actividad financiera de manera ilegal y de informar al funcionario o entidad competente para la vigilancia y control constituye una medida necesaria, máxime si se tiene en cuenta que es en los pequeños

municipios en donde se inicia esta práctica ilegal que posteriormente se extiende a los grandes centros urbanos. Adicionalmente, la disposición en estudio se erige en soporte legal de la actuación de las autoridades para contrarrestar e impedir que se consolide una práctica que no es posible conjurar con las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

La atribución de facultades a los alcaldes para el cierre de los establecimientos y lugares en los cuales se desarrolla la actividad financiera de captación ilegal de dineros del público y la consistente en obligar a los gobernadores a dar aviso a los alcaldes sobre los lugares en donde se desarrollan dichas prácticas, es una medida que comporta las características de necesidad y urgencia frente a una situación fáctica cual es la proliferación de las llamadas pirámides , cuyo funcionamiento tiene una amplia repercusión en la confianza pública , siendo además deber del Estado asumir el control inmediato para contrarrestar sus efectos.

Proporcionalidad de la medida: Según el Procurador General de la Nación, la intervención a prevención de los alcaldes para ordenar, con la utilización de los medios a su alcance, que sean cerrados los establecimientos y lugares en los cuales se desarrollan prácticas financieras de captación masiva de dineros del públicos sin la autorización legal, además de constituir el medio idóneo para contrarrestar la extensión de los efectos que en la sociedad genera esta práctica ilegal, se traduce en una medida constitucionalmente válida en cuanto se hace a través de autoridad pública dotada de funciones de policía y sometida a control.

De igual manera, se manifiesta, la imposición a los gobernadores del deber de informar a los alcaldes acerca del conocimiento que tengan sobre el desarrollo de prácticas financieras ilegales en los municipios, constituye un desarrollo del principio de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines.

Ahora bien, se indica, respecto a la adición del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se considera que el ejercicio de dicha facultad no contraviene la Carta Política, puesto que bajo los estados de emergencia es posible, a través de decretos legislativos, modificar estatutos legales de carácter ordinario. De otro lado, no constituye una medida desproporcionada la introducción de una falta disciplinaria gravísima para los servidores públicos que depositen o entreguen dineros a las personas que desarrollan la práctica ilegal de captación masiva de recursos del público en cuanto todo servidor público está obligado a permitir que se le investigue por sus conductas y , por cuanto dentro del proceso disciplinario que para dicho efecto se adelante, han de tomarse en cuenta el principio constitucional del debido proceso y el de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva que constituyen criterios orientadores del derecho sancionatorio como quiera que se encuentran recogidos en la legislación especial con el carácter de principio rectores.

De esta manera , concluye el Procurador General de la Nación, que en cuanto en apariencia la disposición del artículo 2° del decreto 4335 de 2008 contendría una forma de responsabilidad objetiva en materia disciplinaria , es evidente que en cuanto impone

que el proceso disciplinario que se adelante contra el servidor público incurso en la conducta allí regulada, debe surtirse con estricta sujeción al debido proceso y mediante un análisis juicioso que permita la calificación adecuada de la conducta desplegada conforme a parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional, la disposición no contraviene el ordenamiento superior.

Por las razones anteriormente expuestas, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del Decreto 4335 de 2008.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

COMPETENCIA

1. Esta Corte goza de competencia para revisar el Decreto 4335 de 2008, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 215 y 241, numeral 7, de la Constitución Política.

EXAMEN FORMAL

2. El Decreto Legislativo 4335 del 17 de noviembre de 2008 fue dictado y promulgado en desarrollo del Estado de Emergencia Económica y Social declarado mediante Decreto 4333 de ese mismo día.

EXAMEN MATERIAL

Presupuestos teóricos de los Estados de excepción.

Parámetros de la Organización de Naciones Unidas para los Estados de Excepción.

3. Es indispensable para adentrarse en el marco jurídico que desarrolla los Estados de Excepción hacer mención a los presupuestos establecidos por el relator de las Naciones Unidas, Leando Despouy , respecto de los derechos humanos y los estados de Excepción¹.

Así pues, como marco de referencia principal, el Relator de las Naciones Unidas indica que las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que regulan los estados de excepción, son entre ellas el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - así como los precedentes establecidos por su órgano de control: el Comité de Derechos Humanos-, el artículo 27 de la Convención Americana y el artículo 15 de la Convención Europea de derechos Humanos. De igual forma, los precedentes establecidos por órganos de vigilancia como el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, el Comité de la Libertad Sindical de la OIT y la Corte Internacional de Justicia.

Evolución de la protección internacional de los derechos humanos bajo el estado de excepción

4. Debido a los acontecimientos históricos de la Segunda Guerra Mundial, el individuo empezó a ser visto como sujeto de derecho internacional y no sólo los Estados. Esto implicó profundas transformaciones, entre ellas la relativización de la noción de “no

injerencia en las cuestiones internas de los Estados”, que carece de legitimidad cuando está en juego la dignidad humana.² De ahí se desprende la naturaleza erga omnes de las obligaciones derivadas de los tratados y convenios de derechos humanos.

Este cambio de paradigma no operó fácilmente. Por el contrario debió abrirse paso ante la adversidad que devenía del contexto internacional; entre lo que se encuentra la guerra fría y la doctrina de seguridad nacional. De esta forma, el criterio interpretativo de que en situaciones de anormalidad los tratados internacionales no tenían operatividad fue desplazada por la tesis según la cual el eje central es la persona humana como sujeto del derecho internacional, supuesto teórico éste que debe cumplirse tanto en la normalidad como en las situaciones de excepcionalidad.

La normatividad internacional a la que se aludió anteriormente, contempla los requisitos que se deben exigir previamente para la declaratoria de un estado de excepción. Por ende, sólo operan frente a hechos, de tal gravedad, que se configuren en amenazas actuales o inminentes para el conjunto de la comunidad.³

Causales que motivan la declaratoria del estado de excepción

5. Al ser un acto jurídico, afirma Despouy, su declaratoria debe ser motivada. La normativa internacional no expone un número cerrado de causales, sólo que la comunidad se vea efectivamente amenazada por hechos reales. En otras palabras, se trata de situaciones de crisis, donde se requieren medidas excepcionales. Por ende, toda suspensión de derechos tiene la única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos fundamentales; luego se trata de limitar determinados derechos para garantizar los bienes jurídicos fundamentales.⁴

Así, todo estado de excepción tiene como característica ser tuitivo y no represivo. En este orden de ideas, las instituciones democráticas se defienden en la medida en que su existencia garantiza los derechos fundamentales, pues es “(...) un sistema que “establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana””.⁵

Por estas razones, la naturaleza jurídica de los estados de excepción pertenece a los Estados de Derecho, pues no son equivalentes a la discrecionalidad de ejercer el poder en situaciones de crisis. Por esto, deben cumplir con requisitos como la declaratoria oficial, la proporcionalidad de las medidas, y otros elementos que definen su legalidad.

Normas y principios que regulan los estados de excepción

6. Como el estado de excepción es una institución del estado de derecho, es necesaria la preexistencia de normas que lo regulen y la existencia de mecanismos de control, internos e internacionales que verifiquen que se cumplan esas normas.

Principio de proclamación

7. Se trata de un requisito de forma, consistente en la necesidad de que la entrada en vigor del estado de excepción vaya precedida de una medida de publicidad, bajo la

forma de declaración oficial. Es inherente a la forma republicana (res pública) de gobierno y tiende a evitar los estados de excepción de facto.

El significado de la proclamación es asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos. En efecto, resulta impensable que se pueda ocultar a la población que se vive una situación de crisis y menos aún la existencia de restricciones al ejercicio de sus propios derechos.

Por otra parte, la proclamación del estado de excepción, en tanto requisito jurídico para su puesta en aplicación, no sólo es una condición indispensable para su validez, sino que apunta también a la apreciación de la autoridad nacional competente para tomar la decisión.

Si bien el artículo 4 del Pacto es la única disposición que exige en forma expresa la proclamación por un acto oficial, los órganos regionales de control lo han interpretado también como un requisito. Así, por ejemplo, la Comisión Europea estimó, en el caso Chipre contra Turquía, que para poder invocar el derecho de derogación reglamentado por el artículo 35 de la Convención Europea, el Estado derogante debía justificar la existencia de un acto de proclamación oficial...

Reviste particular importancia comprender la complementariedad que existe entre este principio y el de legalidad, puesto que la referencia a una situación excepcional "proclamada oficialmente" que contiene el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -y que fue una iniciativa francesa- tiene por objeto, entre otros, asegurar que el reconocimiento del derecho a suspender las obligaciones resultantes del Pacto no pueda invocarse para justificar una violación de las disposiciones jurídicas constitucionales internas relativas a los estados de excepción.

Principio de notificación

8. A diferencia de la proclamación, que en tanto medida de publicidad está dirigida fundamentalmente a informar a la comunidad del país, la notificación tiene como ámbito específico la comunidad internacional. Los destinatarios son:

Los otros Estados Partes, tratándose de un convenio,

El conjunto de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, tratándose de la labor del relator especial.

El objetivo sustancial de esta formalidad, es el de hacer efectiva la obligación que tiene todo Estado Parte de una convención de comunicar a los otros Estados Partes la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en la misma. Por lo tanto, la regla general es el cumplimiento de las obligaciones asumidas -en este caso el respeto irrestricto de todos los derechos reconocidos en el instrumento- pero, en el supuesto de que exista imposibilidad transitoria, se debe informar a los otros Estados a través del depositario del tratado: el Secretario General de las Naciones Unidas en lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y,

en cuenta a las dos Convenciones regionales, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

La notificación juega un papel sumamente importante en tanto prerrequisito cuyo cumplimiento habilita a los Estados a prevalece de las cláusulas de derogación que, en forma excepcional y transitoria, el derecho internacional admite. De esta manera, un país que ha declarado el estado de excepción, aunque lo haya hecho de conformidad a las normas nacionales, si no lo ha comunicado, no podrá invocar frente al orden internacional el derecho que éste le reconoce de suspender ciertas normas en circunstancias excepcionales.

Principio de temporalidad

9. La enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, apunta fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.

Subrayando el carácter temporal del estado de excepción, el Comité de Derechos Humanos ha entendido, en su observación general número 5 sobre el artículo 4 del Pacto, que la obligación de informar inmediatamente a los otros Estados Partes los derechos que hayan sido suspendidos, incluye las razones que lo motivan y la fecha en que terminará la suspensión.

Principio de amenaza excepcional

10. Este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de “circunstancias excepcionales”.

Por tratarse de un principio que ha sido considerado por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, se pasará revista brevemente. A este respecto, los precedentes europeos son sumamente claros. Tanto en el caso *Lawless* como en el de *Grecia*, se estimó que el peligro debía ser actual o al menos inminente, lo que invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativas o abstractas. Esto último fue también señalado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el informe de Chile, oportunidad en la que sostuvo con marcada insistencia que argumentos tales como los de “seguridad nacional” o “subversión latente” no justificaban suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto. Esto es lo preventivo, que implica abusos, pues la garantía es que sea actual e inminente.

En cuanto a sus efectos, la situación de peligro debe afectar:

A la totalidad del territorio o una parte del mismo”...

Por su parte, en el caso de *Grecia*, -la Comisión Europea señaló que una situación de emergencia pública, para constituir una amenaza a la nación debe reunir, por lo menos,

estos cuatro requisitos:

1. Ser actual o inminente.
2. Sus efectos deben involucrar a toda la nación.
3. Debe ser de tal gravedad que pongan en peligro la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y
4. La crisis o el peligro debe ser excepcional, en el sentido de que "las medidas o restricciones ordinarias permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud o el orden público, resulten manifiestamente insuficientes". Aquí se contemplan las llamadas "cláusulas de restricción", que son aquellas que autorizan la restricción de algunos derechos en situaciones ordinarias, en la medida en que ello resulte imprescindible para garantizar la seguridad pública, la salud o el orden público.

Cabe señalar que ya en el caso Chipre, -la Comisión europea se había declarado competente para pronunciarse en cuanto a la existencia de un "peligro público". En el caso Lawless, la Corte precisó los elementos de este concepto. En el caso de Grecia, la Comisión siguió el mismo criterio y estimó que la carga de la prueba recaía en el gobierno replicante. Ya sobre el fondo de la cuestión, concluyó que el análisis objetivo de las informaciones vertidas por el gobierno de Grecia y demás elementos que obraban en poder de la Comisión (en cuanto a los sucesos del 27 de abril de 1967, mundialmente conocidos como "golpe de Estado de los coroneles"), no constituían en ese momento un peligro público conforme a los términos del artículo 15 de la Convención Europea, por lo que se estimó que las restricciones impuestas invocando ese fundamento ("peligro público") eran contrarias a la Convención.

Por último, aun cuando una emergencia localizada en una parte del territorio de un país puede significar una amenaza para el conjunto de la población, el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden y las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito. Tan fue el criterio establecido por el relator especial en el intercambio de notas verbales con el gobierno de Paraguay durante el régimen de Stroessner frente a la notoria ilegalidad de las detenciones ordenadas por el poder ejecutivo en el interior de Paraguay, cuando en realidad el estado de sitio sólo estaba en vigor en la ciudad de Asunción: la práctica era entonces el inmediato traslado de los detenidos a la capital, donde permanecían arrestados por periodos sumamente prolongados.

El concepto de que la Crisis o peligro debe ser excepcional y que además no son manifiestamente suficientes las medidas restrictivas ordinarias, se encuentra consagrado en los arts. 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en los arts. 12.3, 15 y 16 Convención Americana sobre derechos humanos; tratados internacionales que obligan al gobierno Colombiano.

Principio de proporcionalidad

11. Este requisito apunta a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciado de manera similar tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Europea y la Convención Americana, implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean “en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación.

Este principio, al igual que su fundamento -la legítima defensa- supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro. De manera tal, que todo exceso en el empleo de los medios convierte en ilegítima “la defensa”, la que se transforma así en agresión.

Ya antes de la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la vigencia del principio de proporcionalidad en el derecho internacional había sido puesta de manifiesto, entre otros, por la Comisión Especial creada en el seno de la OIT en ocasión de la suspensión de la aplicación de los Convenios números 87 y 98 por parte del gobierno de facto que tomó el poder en Grecia el 27 de abril de 1967. Es importante analizar los fundamentos por los que la Comisión se declaró competente, pues entendió que “todos los sistemas jurídicos, de una manera o de otra, admiten que sea la justicia la que se encargue de apreciar los argumentos que pretendan fundarse en la legítima defensa”. Por esta razón, “si la excusa del estado de excepción debe ser tratada en el derecho internacional como un concepto jurídico, es necesario que su apreciación sea de la competencia de una autoridad imparcial a nivel internacional”.

En cuanto al derecho aplicable, la Comisión entendió que “el principio general que se desprende, tanto de la práctica nacional como de la costumbre internacional, se funda en la presunción de que el no cumplimiento de una obligación jurídica no se justifica, sino en la medida en que se pruebe la imposibilidad de proceder de otra manera, que de aquella que es contraria a la ley”. Se señaló, por último, que “la acción cuya justificación se pretendía debía ser limitada, tanto en su extensión como en su duración, a lo que es necesario en lo inmediato”. Este precedente prueba el alcance universal del principio de proporcionalidad con anterioridad a la entrada en vigor del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos”.

Por el contrario, el Comité de Derechos Humanos ha reafirmado el principio de proporcionalidad en reiteradas oportunidades, sea en ocasión del examen de los informes generales a que se refiere el artículo 40 del Pacto, sea como consecuencia de las observaciones formuladas en virtud de lo estipulado en el artículo 5.4 del Protocolo Facultativo al mismo. En el primer caso, el Comité dijo, como criterio de orientación general que el principio de proporcionalidad no debía ser analizado en abstracto (examen del informe de Chile) ni globalmente, sino suspensión por suspensión (examen del informe presentado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). En el segundo caso, el Comité estableció un significativo precedente en 1975 al tratar una denuncia de cinco ciudadanos uruguayos privados de todos sus derechos políticos por un derecho gubernamental que establecía la proscripción, por un periodo de 15 años, de

todas aquellas personas que se hubiesen presentado como candidatos en las elecciones nacionales de 1966 y 1971. El Comité estimó que “el gobierno uruguayo no había podido demostrar que el hecho de reducir al silencio a todos los disidentes políticos sea necesario para resolver una presunta situación de emergencia y abrir el camino hacia la libertad política”.

Vale decir, que el órgano de control (que desconoció toda virtualidad jurídica a la notificación formulada por las autoridades uruguayas que se limitaba a señalar la existencia de una situación excepcional “universalmente conocida”) consideró lesionado, y en cierta forma desfigurado, el principio de proporcionalidad al rechazar el argumento por el cual el gobierno del Uruguay pretendía demostrar que la destrucción de los derechos políticos tuviera por finalidad restablecer las libertades políticas y el Estado de derecho.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han abogado por el respeto del principio de proporcionalidad. La primera al formular observaciones en distintos informes anuales o especiales sobre países: por ejemplo, en el informe anual de 1978 y de 1980 sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador y en el informe especial sobre Argentina de 1980, en particular, su respuesta al mencionado gobierno a propósito del examen del caso 3390. Por su parte, la Corte, en su Opinión Consultiva O.C.8/87, señaló que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar las distintas situaciones especiales que pueden presentarse, dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella”.

La obligatoriedad de la inclusión de criterios sobre necesidad y proporcionalidad es señalada en la Observación general No 29 al artículo 4 del Pacto Internacional, así: “...un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación.

Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte”.

De otro lado, también los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación

y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proferidos en el marco de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, acogen el principio de necesidad en los estados de excepción al señalar, haciendo referencia a las cláusulas de limitación del Pacto Internacional, que “siempre que, conforme a las disposiciones del Pacto, se exija que una limitación sea “necesaria, este término implicará que la limitación: a. Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto; b) responde a una necesidad pública o social apremiante, c) Responde a un objetivo legítimo, y ; d) Guarda proporción con este objetivo.

Principio de no discriminación

12. El artículo 27 de la Convención Americana, al igual que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Obviamente la palabra “únicamente” tiende a acentuar el móvil discriminatorio de las medidas. El artículo 15 de la Convención Europea omite esta exigencia pero debe interpretarse en relación con el artículo 14 que tiene alcance general y que prohíbe todo tipo de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la Convención.

El hecho de que la prohibición de toda forma de discriminación no figure entre los derechos enumerados en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto y en el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención Americana, no constituye un obstáculo para considerarlo implícitamente inderogable pues ambos textos consideran el principio de no discriminación como una condición esencial para ejercer el derecho de suspensión que dichos instrumentos reconocen a los Estados Partes.

Coincidentemente, en su Observación General 5/13, el Comité de Derechos Humanos sitúa el principio de no discriminación en el mismo plano y hasta lo incluye en la misma frase que los derechos cuyo ejercicio no se puede suspender cuando afirma: “sin embargo, el Estado Parte no puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas”.

Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional

13. Estos tres principios tienden a armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo un estado de excepción.

Con respecto al principio de compatibilidad, tanto el Pacto como las dos Convenciones regionales ya referidas, prevén que los Estados podrán, bajo las condiciones antedichas, suspender las obligaciones contraídas en virtud de estos instrumentos, “siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional”.

Este principio tiene como finalidad compatibilizar las distintas normas internacionales que regulan la materia, puesto que en un mismo Estado puede a la vez ser parte en varias convenciones internacionales y regionales. Por ejemplo, un país que es Parte en la Convención Americana y en el Pacto, no podría invocar ante la Comisión Interamericana, a raíz de ese principio, la suspensión del ejercicio de un derecho admitido en el Pacto pero prohibido en la Convención Americana. Como lo observa el doctor Manfred Noval, los términos “demás obligaciones que impone el derecho internacional” abarcan tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho contenido en los tratados internacionales, en prioridad a las distintas convenciones derechos humanos y los convenios de derecho internacional humanitario.

Lo que está implícito en esta exigencia de compatibilidad es la preeminencia de las normas favorables a la protección de los derechos humanos. A su vez, estas últimas no se excluyen sino que se complementan y refuerzan recíprocamente. Esto aparece con absoluta claridad en las situaciones de crisis graves provocadas por conflictos armados de fuerte o relativa intensidad donde se da una aplicación simultánea y complementaria del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

El principio de concordancia entre la finalidad de la derogación y los derechos reconocidos en el orden internacional aparece claramente establecido en el artículo 5.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando estipula que las restricciones impuestas no pueden estar “encaminadas a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto”.

“Este criterio se aplica también en el supuesto de que la suspensión de las garantías constitucionales haya sido declarada por un gobierno surgido de un golpe de Estado, con la finalidad de afianzarse y/o perpetuarse en el poder. A este respecto, es importante destacar que la Corte Interamericana ha entendido que la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de OEA. Asimismo, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del artículo 29, inciso c), que establece que las restricciones previstas en la Convención Americana no pueden ser interpretadas en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática, representativa de gobierno”, señalando en forma contundente que las garantías que se desprenden de este artículo, no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ésta esté amparada por garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de derecho.

En una palabra, de conformidad a los criterios establecidos por la Corte Interamericana, los estado de excepción o de emergencia tienen como única justificación válida la defensa del sistema democrático, entendiendo por tal aquel que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana. De esta manera, el Estado de derecho es el marco jurídico de regulación de los estados de excepción. La única justificación es la defensa del orden

democrático, el que a su vez está definido no como un sistema político sino como un conjunto de valores que se apoya en el conjunto de los derechos humanos. Estado de derecho, democracia y derechos humanos conforman así una unidad que la emergencia no puede romper ni en forma excepcional ni transitoria .

Intangibilidad del ejercicio de los derechos humanos fundamentales

14. Este es un principio que deriva de la legalidad de los estados de excepción y se constituye en un límite al ejercicio del poder de crisis. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea y la Convención Americana estipulan cuales son estos derechos; entre ellos se encuentra la vida, la prohibición de tortura, la esclavitud, la no retroactividad de la ley penal, la personalidad jurídica, la libertad de conciencia y religión, la prisión contractual, (La convención americana específicamente:) la protección a la familia, los derechos del niño, la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales, entre otros.

Uno de los recursos judiciales inderogables es el de habeas corpus, pues es una garantía de derechos que no son susceptibles de suspensión. En este sentido, además de las acciones de amparo, "(...) también deben considerarse como no susceptibles [de suspensión] los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no susceptibles [de suspensión] y cuya limitación o suspensión comporta la indefensión de tales derechos." Esto significa que las garantías judiciales - cualquiera que sean - para proteger los derechos que no pueden ser suspendidos, son intocables.

Principales anomalías o desviaciones en la aplicación del Estado de Excepción

15. Si el estado de excepción se aparta de la legalidad que lo reviste, entonces surgen anomalías que atentan contra el goce efectivo de los derechos humanos. Una tipología de aquellas puede ser:

- Estado de excepción de facto, que reconoce variantes. Por una parte que las medidas excepcionales se adelanten sin proclamación previa. Por la otra, el mantenimiento de las medidas no obstante el levantamiento oficial del estado de excepción. Ambas están relacionadas con la publicidad del estado de excepción y reflejan un desconocimiento de los mecanismos nacionales de control.
- Estado de excepción no notificado. Esta anomalía implica la no notificación a otros Estados parte de los tratados internacionales respecto al inicio del poder de crisis; esto repercute en la posibilidad de anteponer a aquellos (o hacer oponible) la suspensión de las obligaciones suscritas.
- Perennización del estado de excepción. Esta anomalía se refiere a la aplicación rutinaria del mismo; es decir, a la prórroga constante o invocación de declaración permanente. Por ende, se desconocen los principios de actualidad e inminencia del peligro o la crisis, así como el de proporcionalidad. En otras palabras, la excepción se convierte en la regla.

- Sofisticación e institucionalización del estado de excepción. En esta anomalía, las normas decretadas en el estado de excepción reemplazan al orden constitucional y legal ordinario. La sofisticación implica una proliferación de normas de excepción, que conforma un orden jurídico paralelo al constitucional y legal ordinario; llegando al punto de condicionar la vigencia del ordenamiento jurídico a las disposiciones excepcionales. "En el fondo, la lógica que inspira tamaña sofisticación no es otra que la de disponer de un arsenal jurídico extremadamente complejo que permita a las autoridades recurrir, según las necesidades de cada momento, sea al orden jurídico normal. Sea al orden jurídico especial, aunque, claro está, en la práctica, lo corriente es que el primero sea abandonado en beneficio del segundo."⁷

La institucionalización de la excepción implica un reordenamiento del sistema jurídico e institucional del país, que se ha sustentado en actos plebiscitarios o referendos para legitimar las medidas tomadas y revestirlas de un manto "democrático".

Conclusiones

16. Como recomendaciones, ante la magnitud de Estados miembros de las Naciones Unidas que han declarado o estado de facto bajo el poder de crisis (más de la mitad en los 15 años que cubre el estudio), el relator plantea:

-Un refuerzo de los mecanismos de control interno que garantice la aplicación de las normas que lo regulan.

-que se solicite, para la adecuación, el concurso del servicio de asesoramiento de las Naciones Unidas.

-que se indemnice a las víctimas de medidas arbitrarias adoptadas dentro de los estados de excepción.

El Estado de Derecho en la Constitución y los Estados de Excepción.

17. El Estado de Emergencia económica y social está establecido en la Constitución de la siguiente manera:

" Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir

al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el estado de emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. En relación con aquéllas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el estado de emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PAR.—El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

18. La Ley 137 de 1994 - Estatutaria de los Estados de Excepción- establece lo siguiente:

“ (...) ARTÍCULO 8o. JUSTIFICACIÓN EXPRESA DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO. 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 los cuales se hacen necesarias.

ARTÍCULO 9o. USO DE LAS FACULTADES. Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley.

ARTÍCULO 10. FINALIDAD. 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.

ARTÍCULO 11. NECESIDAD. 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.

ARTÍCULO 12. MOTIVACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

ARTÍCULO 13. PROPORCIONALIDAD. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

ARTÍCULO 14. NO DISCRIMINACIÓN. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

La Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de su función constitucional, velará por el respeto al principio de no discriminación consagrado en este artículo, en relación con las medidas concretas adoptadas durante los Estados de Excepción. Para ello tomará medidas, desde la correctiva, hasta la destitución, según la gravedad de la falta y mediante procedimiento especial, sin perjuicio del derecho de defensa.

ARTÍCULO 15. PROHIBICIONES. Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los Estados de Excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá:

- a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales;
- b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado;
- c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

ARTÍCULO 16. INFORMACIÓN A LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. De acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 40. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al día siguiente de la declaratoria del estado de excepción, el Gobierno enviará al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas, una comunicación en que dé aviso a los Estados Partes de los tratados citados, de la declaratoria del estado de excepción, y de los motivos que condujeron a ella. Los decretos legislativos que limiten el ejercicio de derechos, deberán ser puestos en conocimiento de dichas autoridades. Igual comunicación deberá enviarse cuando sea levantado el estado de excepción.

ARTÍCULO 17. INDEPENDENCIA Y COMPATIBILIDAD. Los Estados de Excepción por guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica son independientes. Su declaratoria y las medidas que en virtud de ellos se adopten, deberán adoptarse separadamente.

Esta independencia no impide el que puedan declararse simultáneamente varios de estos estados, siempre que se den las condiciones Constitucionales y siguiendo los procedimientos legales correspondientes. “

19. Así las cosas, el estado de excepción es una institución del Estado de Derecho, como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis. De allí que, cualquiera sea la significación política o de otra índole que se atribuya o reconozca a esta institución, en tanto recurso extremo del derecho, no puede ser ajena a sus reglas, principios o normas que lo regulen, y a la existencia de mecanismos de control, internos e internacionales que verifiquen que se cumplan esas normas.

La constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción, ha[y] que confrontarla con los supuestos de la ley estatutaria de estados de excepción; con todas las normas de la Constitución; con los tratados internacionales que protegen los derechos humanos, especialmente de la ONU y la OEA, con la interpretación que han hecho los tribunales internacionales de la ONU y la OEA, y sus órganos sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸.

La finalidad del estado de excepción es preservar el orden constitucional y los derechos, se adopta a fin de defender las instituciones constitucionales democráticas para proteger los derechos esenciales de los gobernados; constituye precisamente la defensa del Estado y la protección a la comunidad, la democracia y las instituciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias de sus opiniones consultivas, en especial en la OC-6/86, en la OC-8/87 y en la OC-9/87, ha determinado la conceptualización de los estados de excepción no como incompatibles al Estado de Derecho o al sistema democrático, sino a favor de éstos y del respeto de los derechos humanos.

La implantación desnaturalizada de los estados de excepción puede acarrear: i) la alteración de las instituciones, producto de la redistribución de los poderes, y ii) la alteración del Estado de Derecho, consecuencia de la regresión constante del principio de legalidad. Ocurrido esto se ha desviado los estados de excepción⁹.

El respeto al Estado de derecho es un criterio que ha sido base en la configuración del Estado de excepción, así en salvamento de voto del Magistrado Manuel Gaona Cruz a la sentencia 85 del 2 de diciembre de 1982 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se dijo:

“Pero lo anterior, no permite afirmar que el ejecutivo pueda, en aras de la situación de emergencia, suspender, derogar, o desconocer válidamente las garantías constitucionales o los derechos y libertades ciudadanos durante el estado excepcional, ni después de

él, o apoyándose en las medidas tomadas o autorizadas en desarrollo de su declaratoria. Las facultades presidenciales derivadas del estado de emergencia o las que se reconozcan u otorguen en los respectivos decretos a los funcionarios del estado, tienen que ser ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución para época de completa normalidad: pues la excepción de su atribución no se refiere a la potestad gubernamental de modificar o desconocer la Carta, sino apenas a la de cumplir la competencia legislativa, asignada formal y ordinariamente al Congreso.

No es entonces aceptable, a la luz de la Constitución que el Ejecutivo tenga con ocasión del estado de emergencia atribuciones supra o extra constitucionales o arbitrarias. Precisamente siendo lógicos, la potestad reconocida al Congreso por el artículo 122 de la Carta de reformar los decretos de emergencia, supone que la competencia de legislación es la misma en época de normalidad absoluta que relativa o de emergencia. De no ser así, sobraría la Corte con su función de control de constitucionalidad sobre tales decretos, reconocida en el parágrafo del artículo 122 y 214 de la Carta”.

En salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad C-802-02, se afirmó:

“Por lo expuesto, resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que la emparentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis. Lejos de ello, por tratarse de una institución jurídica, su aplicación no sólo está condicionada a la existencia de una emergencia grave que afecte el conjunto de la población sino que, además, debe cumplir con determinados requisitos específicos, como son por ejemplo la declaración oficial del estado de excepción, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, al igual que muchos otros elementos que definen su legalidad. En definitiva, estos requisitos, además de imponer limitaciones concretas al ejercicio de las facultades extraordinarias o de los llamados ‘poderes de crisis’, obran, en la práctica, a la manera de garantías jurídicas, explícitas o implícitas, para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias”.

“Ya los romanos, que por cierto hicieron una aplicación abusiva de la institución que dio origen a la figura actual del estado de excepción, señalaban que “el fundamento de la dictadura (atribución de poderes extraordinarios) no podía ser otro que la defensa de la república y no su aplastamiento”.

“La preexistencia de normas que el propio Estado de derecho prevé (y de alguna manera mantiene en reserva en los períodos ordinarios) nos está definiendo la naturaleza jurídica de los estados de excepción. De allí que, cualquiera sea la significación política o de otra índole que se atribuya o reconozca a esta institución, en tanto recurso extremo del derecho, no puede estar ajena a sus reglas y principios”.

“En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claramente establecido, en su Opinión consultiva OC-9/87, que si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma “comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben cernirse”. Recordó además que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son

inseparables”.

Acerca de la amenaza excepcional

En sentencia de constitucionalidad C-446-95 se determinó con respecto a las causas que generan el estado de excepción que si éstas “son endémicas, hay que atenderlo de manera permanente por medios ordinarios, no por coyunturales, ni transitorios, porque con ellos no se erradica el mal, pero si se trastoca el Estado Social de derecho. La excepción debe superar el límite de la normalidad causando graves crisis en la vida organizada”.

En igual sentido, en salvamento de voto a la sentencia C-1064 de 2002 se expresó que a males permanentes se deben atacar con políticas estables, y que solo ante situaciones realmente nuevas, debe proceder el estado de excepción.

Así las cosas, el estado de excepción surge porque las instituciones jurídicas y políticas han sido insuficientes e incapaces para superar graves crisis. Busca el retorno a la normalidad, se trata así de una situación de peligro real, inminente, grave e insuperable por las condiciones normales que afectan la colectividad¹⁰, es así, el estado de excepción, una respuesta última del Estado.

Según Despoy, mencionado anteriormente, el presupuesto fáctico del Estado de excepción es la crisis grave que afecta el conjunto de la población, que pone en peligro la existencia de la comunidad organizada sobre la base del Estado.

Acerca de las medidas proporcionales

21. En la sentencia de constitucionalidad C-004 de 1992 se expresó que las medidas deben aparejar el mínimo de sacrificio posible, porque se trata de un poder extraordinario que está limitando derechos. El plus de facultades que adquiere el Presidente es el estrictamente necesario para conjurar la anormalidad. Al respecto el artículo 9° de la Ley 137 de 1994 estableció que las facultades se usan si cumplen los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación e incompatibilidad.

Las medidas deben enfocarse a la estabilidad del ordenamiento constitucional¹¹ y debe decir que derechos restringe, por qué y cómo¹²

. El artículo 8° de la Ley 137 de 1994 estableció que debe haber una justificación expresa cuando se limiten derechos.

22. Existe una diferencia entre los conceptos de privación, suspensión y limitación de los derechos fundamentales.

Respecto de la privación de un derecho, debe afirmarse que sólo puede hacerse de manera concreta, personal, como consecuencia de una sanción, que sólo puede ser impuesta por un juez. Así, se priva de un derecho a una persona determinada, individualizada y quien priva de los derechos es el juez.

En cuanto a la suspensión de un derecho, ésta permite que el derecho pueda ejercerse ante otras personas que no sean el Estado (por ejemplo, frente a otros

ciudadanos) y el derecho suspendido se rodea de ciertas garantías para evitar que haya abusos o suspensión sin requisitos. De este modo, se suspende un derecho frente a la autoridad pero no frente a otros miembros de la comunidad, se debe fijar en las causas de la suspensión y si estas continúan para poder ser reactivado.

La tercera posibilidad es la de limitar un derecho que tiene como supuesto fundamental la posibilidad de ejercer el derecho; el derecho aun con un gravamen puede ser ejercido; a contrario sensu no puede impedirse su ejercicio. De esta manera, limitar presupone la posibilidad del ejercicio del derecho, que se ejerce con condiciones, pero no se impide su ejercicio. En un estado de excepción sólo está facultado para la limitación de los derechos.

“El sistema colombiano es el de la limitación de un derecho, según el cual se ejerce el derecho, pero con ciertas condiciones. De acuerdo con el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, existen unos derechos que son intocables, aún en el estado de excepción, como también han de tenerse en cuenta las limitaciones impuestos por los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley Estatutaria, que aluden al respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales, lo cual es distinto de la intangibilidad. Existen unos derechos que no se pueden tocar y otros, los que se pueden tocar, no se puede tocar su núcleo esencial. Según los principios de concordancia y complementariedad, en caso de incompatibilidad, prima el tratado internacional que prohíbe la limitación de los derechos fundamentales en los estados de excepción y tratándose de los derechos que sí pueden ser tocados -como el derecho de propiedad- debe respetarse su núcleo esencial. Considero que en este caso no se puede hablar de la función social de la propiedad con el tema del conflicto entre el interés general y el interés particular, puesto que en la acción de extinción del dominio se trata de bienes de origen ilícito o del uso ilícito de bienes lícitos. Igualmente, me refiero de manera particular, a dos opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos que precisaron el alcance de la intangibilidad del debido proceso, que indicó, debe corresponder a una forma democrática de gobierno. Finalmente, afirmo que las normas jurídicas no pueden ser fuente o causa de la conmoción interior (sentencia C-300/94)”13.

“se considera que la restricción de un derecho debe ser necesario, sólo cuando no existe otro medio para obtener el mismo resultado; de manera que si existe otro medio que restringe menos un derecho debe utilizarse ese medio alternativo. En el caso concreto, se violó el principio de necesidad ya que lo que se perseguía con la norma era evitar que, por ejemplo, se le llevara alimentos a los delincuentes bastaba con detener las mercancías, mientras se investiga, sin que fuera necesario detener a las personas”14.

Así entonces, los Estados de Excepción no están por fuera del Estado de derecho, y en consecuencia los derechos fundamentales no pueden privarse ni suspenderse por cuanto es una facultad, que acorde a lo visto, recae exclusivamente en los jueces, solamente pueden limitarse, lo que traduce que el derecho en momento alguno puede ser nugatorio sino que debe ejercerse pero con unas cargas adicionales.

Caso Concreto

23. Acorde con los postulados teóricos, esta Corporación confrontará las disposiciones

contentivas del decreto 4335 de 2008 con dichos parámetros.

Artículo 1° del Decreto 4335 de 2008.

24. Señala la mencionada disposición: “ Cuando se infiera que en el territorio de su respectiva jurisdicción se puedan estar desarrollando actividades a las que se refiere el Decreto 4334 de 2008, el Alcalde Distrital o Municipal deberá ordenar el cierre preventivo del establecimiento de comercio , local , oficina o cualquier lugar donde se desarrollen dichas actividades. Si el Gobernador del respectivo departamento tiene conocimiento de alguna de las situaciones descritas en el señalado artículo 1° del decreto 4334 de 2008, deberá informar al alcalde de la localidad en las que éstas se vienen presentando.

El alcalde procederá de manera inmediata a dar aviso a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia”.

Para un mejor entendimiento de la disposición mencionada es indispensable determinar cuales son los sujetos susceptibles de realizar las acciones anotadas y las actividades que están sujetas a intervención por parte del gobierno nacional a que se refiere el decreto 4334 de 2008. Así pues tenemos:

2. Los supuestos o actividades que estarían sujetas a intervención por parte del gobierno nacional son los hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas , directamente o a través de intermediarios , mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios, o rendimientos sin explicación financiera razonable.

25. Así las cosas, y remitiéndose la Corte a los argumentos expuestos en la sentencia C-135 de 2009 en la cual se encontró ajustado a la Constitución la declaratoria del estado de emergencia social, encuentra esta Corporación que las medidas tomadas en el artículo 1° del decreto bajo estudio tienden a subsanar de manera directa la crisis social planteada en dicha declaratoria.

Por tal razón, esta Corte declarará exequible el artículo 1° del Decreto 4335 de 2008 “Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto No 4333 de noviembre de 2008”.

Artículo 2° del Decreto 4335 de 2008

26. La norma determina:

“Adicionase el artículo 48 de la ley 734 de 2002 con el siguiente numeral:

“ 64. Depositar o entregar recursos a las personas que desarrollen las actividades descritas en el artículo 1° del decreto 4334 de 2008, o en las normas que lo modifiquen o adicionen.”

El artículo 48 del Código Único Disciplinario hace parte del título que establece la descripción de las faltas disciplinarias en particular. Específicamente el art. 48 de la ley 734 de 2002 determina las faltas gravísimas.

La Corte considera que la norma bajo estudio no cumple con los principios esbozados con anterioridad en esta providencia, lo que la torna inconstitucional. Lo anterior con base en las siguientes razones:

27. En primer lugar, La ley 137 de 1994, Estatutaria de los estados de excepción, determina que los decretos legislativos expedidos en uso de facultades excepcionales deben tener una justificación expresa de la limitación del derecho que realicen. Así entonces el decreto legislativo debe señalar los motivos por los cuales se impone una limitación de un derecho fundamental, lo anterior para hacer valedero el principio de conexidad con las causas de la supuesta crisis y los motivos por los cuales se hacen necesarias.

Pues bien, la disposición bajo estudio establece como falta gravísima para los servidores públicos el depositar o entregar recursos a las personas que desarrollen las actividades descritas en el artículo 1° del decreto 4334 de 2008. Así entonces la descripción señalada claramente menoscaba el derecho de propiedad que cualquier servidor público tiene sobre sus propios recursos.

En efecto, la Constitución Política de 1991 estableció dentro de los derechos, garantía y deberes (Título II Constitucional) la propiedad privada como derecho constitucional. Por consiguiente, las disposiciones constitucionales regulan y desarrollan lo atinente a éste derecho y a todos aquellos derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Desde el lado legal, el Art. 669 del Código Civil consagra el derecho de dominio o propiedad como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.¹⁵

Es de agregar, que una serie de normas nacionales e internacionales protegen la propiedad; algunas de ellas son la Declaración Universal de Derechos del Hombre, artículo 17 , expedida por la ONU; el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de los Códigos penales, comerciales, de minas , petróleos , entre otros.

Respecto del núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, esta Corporación ha señalado que :

“ ... en las sentencias T-427 de 199816, T-554 de 199817, C-204 de 200118, T-746 de 200119, C-491 de 200220 y C-1172 de 200421, ha reconocido que el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular. Así lo sostuvo inicialmente en la citada sentencia T-427 de 199822, al manifestar que:

“En ese orden de ideas y reivindicando el concepto de la función social, el

legislador le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales, respetando sin embargo, el núcleo del derecho en sí mismo, relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”.

La misma posición jurisprudencial fue reiterada en las sentencias T-554 de 199823 y C-204 de 200124. En este último caso, al declarar exequible el artículo 2529 del Código Civil que exige al poseedor de un bien cuyo propietario resida en el extranjero, el doble del tiempo que se impone al poseedor cuyo dueño habita en el territorio colombiano, para adquirir por prescripción. En relación con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, la Corte señaló:

“De otro lado, sí el legislador puede imponer restricciones al derecho de dominio, también puede condicionar el acceso a él por prescripción señalando distintos periodos de tiempo para ello, sin que de ninguna manera desconozca el núcleo esencial del derecho a la propiedad, porque el mínimo de goce y disposición de un bien se mantiene, aún cuando el titular no los ejerza. Tampoco resultan afectados los derechos del poseedor, ya que las facultades de uso y goce con ánimo de señor y dueño se mantienen, pero nunca la de disposición, de la cual tan solo existe una mera expectativa. En estos términos, la Corte considera que la norma acusada no resulta desproporcionada en detrimento del poseedor, porque sus derechos quedan siempre a salvo, y que en cambio si permite compensar la situación del propietario ausente”25.

En idéntico sentido, este Tribunal se pronunció en las sentencias T-746 de 200126 y C-491 de 200227. En esta última oportunidad, el fallo de esta Corporación se originó en una demanda ciudadana impetrada contra el artículo 217 del Decreto 1355 de 1970, que establece que los alcaldes pueden imponer una construcción de obra, cuando los muros de un antejardín o los frentes de una casa se encuentran en mal estado de conservación o de presentación. En criterio de la Corte, dichas atribuciones no vulneran el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, salvo la correspondiente al mal estado de presentación, la cual tan sólo se ajusta al Texto Constitucional, en el entendido que para su ejercicio el alcalde “debe ceñirse exclusivamente a las normas que, en materia urbanística, o de conservación del patrimonio cultural o histórico, establezcan los parámetros estéticos o de presentación que deben cumplir dichas edificaciones”28.

Finalmente, en sentencia C-1172 de 200429, al declarar exequible el artículo 723 del Código Civil, que reconoce la extinción del derecho a la propiedad privada por la inundación de una heredad por un término superior a diez años, esta Corporación manifestó -en relación con el núcleo esencial del citado derecho- que el mismo se constituye por el mínimo espacio de libertad para que las personas puedan usar y disponer libremente de sus bienes dentro del marco jurídico30... ”

En consecuencia, la esencia del derecho fundamental a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que

produzcan utilidad económica en su titular.

En consecuencia, establecido que lo que la norma excepcional pretende es menoscabar el derecho de propiedad de los servidores públicos respecto de sus propios recursos, no encuentra esta Corporación las motivaciones y justificaciones que respecto de esta disposición , exige la ley estatutaria de los estados de excepción.

El decreto bajo análisis en momento alguno establece las razones o argumentaciones por las cuales es indispensable menoscabar el derecho de propiedad privada de los servidores públicos. Están ausentes los fundamentos del gobierno nacional respecto al menoscabo a un derecho fundamental , y lo están porque en definitiva mal podría afirmarse que era indispensable evitar que los servidores públicos dispusieran de sus propios recursos para depositarlos o entregarlos, y de esta manera evitar la supuesta crisis.

Además la falta disciplinaria que se pretende establecer como medida dentro del estado de excepción declarado no busca - de ahí la falta de argumentación - resolver los prepuestos de la crisis declarada, porque claramente es una disposición que debe tenerse para el futuro. Luego esta Corporación se pregunta ¿En que contrarrestaría la supuesta crisis el hecho de que a partir del decreto 4335 de 2008 se impida que los servidores públicos realicen las actividades indicadas hacía el futuro?

La norma sin justificación pretende entonces trasladar sin razón alguna la negligencia del gobierno nacional - en su deber , este sí, de control y vigilancia sobre las sociedades antes mencionadas - en cabeza de los servidores públicos y ni siquiera se pretende hacer sobre recursos públicos, ya protegidos por varias normas disciplinarias y penales , sino sobre sus propios recursos, lo cual atenta , se insiste sin razón alguna sino con base en la arbitrariedad contra el estado de derecho.

28. Por consiguiente , y en segundo lugar, no habiéndose justificado por parte del gobierno nacional el menoscabo propuesto al derecho de propiedad privada de los servidores públicos sobre sus propios recursos, mal puede entonces cumplirse con las exigencias tanto de derecho internacional como de derecho interno, respecto de la conexidad con las causas de la supuesta crisis y los motivos por las cuales se hace necesaria.

Así pues, no existiendo una razón constitucional para el menoscabo del derecho fundamental mencionado no se cumple con el principio de finalidad y de necesidad señalados en la ley 137 de 1994 , que establece que las medidas adoptadas - esto es la privación de la disposición de los recursos propios de los servidores públicos, los cuales en estos casos se comportan como verdaderos particulares- deben estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.

Y dichas argumentaciones no están incorporadas al decreto 4335 de 2008 como lo exige la ley referida. Así las cosas, no se expresan claramente las razones por las cuales la medida bajo estudio es necesaria- privar de la disposición de sus propios recursos a los servidores públicos - para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratorio de excepción, vulnerando igualmente entonces el principio de necesidad.

29. Para reforzar la inconstitucionalidad del artículo 2 del decreto 4335 de 2008, y en tercer lugar, debe afirmarse que la medida allí contenida priva el derecho fundamental a la propiedad, lo cual está expresamente prohibido por los principios que rigen los estados de excepción. (art. 15 ley 137 de 1994).

Debe recordarse en este momento la diferencia entre privar, suspender o limitar un derecho fundamental. Así pues, debe señalarse que la privación de un derecho sólo puede hacerse de manera concreta, personal, como consecuencia de una sanción, que sólo puede ser impuesta por un juez. Así, se priva de un derecho a una persona determinada, individualizada y quien priva de los derechos es el juez. En lo que toca con la suspensión ésta permite que el derecho pueda ejercerse ante otras personas que no sean el Estado (por ejemplo, frente a otros ciudadanos) y el derecho suspendido se rodea de ciertas garantías para evitar que haya abusos o suspensión sin requisitos. De este modo, se suspende un derecho frente a la autoridad pero no frente a otros miembros de la comunidad, se debe fijar en las causas de la suspensión y si estas continúan para poder ser reactivado. Finalmente se limita un derecho cuando se tiene como supuesto fundamental la posibilidad de ejercer el derecho; el derecho aun con un gravamen puede ser ejercido; a contrario sensu no puede impedirse su ejercicio. De esta manera, limitar presupone la posibilidad del ejercicio del derecho, que se ejerce con condiciones, pero no se impide su ejercicio. En un estado de excepción sólo está facultado para la limitación de los derechos.

Pues bien , en el presente caso, el derecho fundamental a la propiedad no se limita , que es la única opción permitida en los estados de excepción, por cuanto no se permite que el derecho de propiedad que tienen los servidores públicos sobre sus recursos sea ejercido.

30. No puede olvidarse que las sanciones disciplinarias administrativas tienen por objetivo que se discipline el ejercicio de la función pública. Pero dicha forma de disciplina en momento alguno puede trasladarse al ámbito privado del propio servidor público. Es decir, los deberes y obligaciones que se imponen por el ordenamiento jurídico a los servidores públicos debe hacerse en relación con las funciones públicas que desempeña, con los recursos públicos que maneja, pero nunca debe realizarse con aceptación constitucional, sobre los derechos fundamentales de estas personas que por ser servidores públicos no pierden la posibilidad de ejercer sus derechos esenciales.

Las sanciones disciplinarias se presentan por actos oficiales. El poder disciplinario en un Estado de derecho se basa en dos pilares , de un lado el poder ejercido por la jerarquía basado en ordenes o instrucciones del superior jerárquico , y de otro lado, el poder de control que se ejerce cuando no existe superior jerárquico. En ambos casos, es claro que el poder disciplinario ejercido debe realizarse bajo el supuesto de conductas relacionadas con el cargo que el servidor público desempeña.

Pues bien, en la norma analizada es claro que no existe la conexión referida, por cuanto lo único que se pretende es sancionar disciplinariamente una conducta eminentemente privada y del resorte exclusivo del fuero interno del servidor público; en este caso la disposición de sus propios recursos.

Téngase presente que la medida no se refiere a recursos públicos, son acciones que no se realizan en el lugar de trabajo, el gobierno nacional no puede determinar que debe hacer o no el servidor público con sus propios recursos, por cuanto vulneraría su derecho de propiedad privada como ya se explicó.

31. Debe agregarse igualmente, que la medida establecida en el artículo 2° del Decreto bajo estudio viola el principio de proporcionalidad de la sanción por cuanto existen medidas múltiples menos lesivas de la libertad que la conminación disciplinaria para los servidores públicos. Lo que refuerza su inconstitucionalidad.

32. En conclusión y con base en los argumentos expuestos, esta Corte declarará inexecutable el artículo 2° del Decreto 4335 de 2008.

V. DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 1° del Decreto Legislativo 4335 de 2008, " "Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto No 4333 de noviembre de 2008."

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 2° del Decreto Legislativo 4335 de 2008, " "Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto No 4333 de noviembre de 2008."

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

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Impedimento aceptado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (Ad-Hoc)

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-136 DE 2009 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, procedo a salvar mi voto por las siguientes razones:

Consideraba el suscrito, en el proyecto presentado ante la Sala Plena, que todo el decreto bajo estudio era contrario a la Constitución, por las siguientes razones:

1. Es mi deber constitucional como Magistrado de la Corte Constitucional señalar que el Decreto de declaratoria del Estado de Emergencia Social es contrario a la Constitución tanto en su aspecto formal como material. Lo anterior por cuanto el mínimo requisito constitucional que exige dicha declaratoria es que sea realizada por un gobierno legítimo.

En efecto, considero que el actual gobierno esta usurpando el poder ejecutivo establecido constitucionalmente. Lo precedente se desprende de la decisión tomada por

la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia donde se estableció que en el procedimiento de formación del acto legislativo que creó la reelección presidencial se cometió el delito de cohecho.

Siendo así las cosas, es claro que el proceso de la reelección presidencial no fue legítimo por haberse estructurado en una conducta ilegítima y violatoria de la ley penal. Por ende, el detentador actual del poder lo está realizando de manera ilegítima y lo está usurpando a la luz de la Constitución Política. En este orden de ideas, no puede tenerse como válido acorde con la Constitución, ningún acto desplegado por el mencionado gobierno por cuanto su acceso al poder se realizó basado en conductas delictuales.

2. Artículo 1° del Decreto 4335 de 2008.

Señala la mencionada disposición: “ Cuando se infiera que en el territorio de su respectiva jurisdicción se puedan estar desarrollando actividades a las que se refiere el Decreto 4334 de 2008, el Alcalde Distrital o Municipal deberá ordenar el cierre preventivo del establecimiento de comercio, local, oficina o cualquier lugar donde se desarrollen dichas actividades. Si el Gobernador del respectivo departamento tiene conocimiento de alguna de las situaciones descritas en el señalado artículo 1° del decreto 4334 de 2008, deberá informar al alcalde de la localidad en las que éstas se vienen presentando.

El alcalde procederá de manera inmediata a dar aviso a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia”.

Para un mejor entendimiento de la disposición mencionada es indispensable determinar cuales son los sujetos susceptibles de realizar las acciones anotadas y las actividades que están sujetas a intervención por parte del gobierno nacional a que se refiere el decreto 4334 de 2008. Así pues tenemos:

1. Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos.

2. Los supuestos o actividades que estarían sujetas a intervención por parte del gobierno nacional son los hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios, o rendimientos sin explicación financiera razonable.

La norma bajo estudio podría pensarse está encaminada a resolver la crisis alegada por el Ejecutivo en el Decreto 433331

de 2008, que declaró el Estado de Emergencia Económica. Específicamente cuando se afirma que para evitar las acciones mencionadas en el referido decreto legislativo "... se hace necesario dotar a las autoridades locales [que] mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad."

En consecuencia, y acorde con la norma constitucional, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos".

La misma norma constitucional señala que "... estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia"

La misma norma constitucional señala que "... estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia"

No obstante lo anterior, encuentra esta Corte que la norma bajo estudio no cumple con los requisitos constitucionales señalados con anterioridad por las siguientes razones:

En primer lugar, la norma bajo estudio no cumple con el principio de excepcionalidad requerido para estos casos por cuanto las instituciones jurídicas y políticas existentes en la normalidad no eran insuficientes e incapaces para superar la crisis. En otras palabras, los mecanismos ordinarios existentes en nuestra legislación eran suficientes y capaces para superar la crisis y permitían haber atacado las supuestas causas de generación de la emergencia económica y social.

Recuérdese, que el decreto legislativo bajo estudio determinó como sujetos de intervención por parte del gobierno, las personas naturales o jurídicas que desarrollen hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a ellas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios, o rendimientos sin explicación financiera razonable.³²

Considera esta Corporación que en lo que respecta a la personas jurídicas, el gobierno, a través de la Superintendencia de Sociedades, contaba con los mecanismos idóneos y eficaces para conjurar la supuesta crisis. Veamos:

La ley 222 de 1995, que establece las funciones ordinarias de la Superintendencia de Sociedades, para vigilar y controlar las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público, determina en su artículo 82 la competencia de dicha superintendencia para vigilar al respecto las sociedades comerciales. Así las cosas, dicha superintendencia tiene la atribución legal de solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria [HOY SUPERINTENDENCIA FINANCIERA] o sobre operaciones específicas de la misma. Y agrega la norma que la Superintendencia mencionada, de oficio, puede

practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.(art. 83)

Así las cosas, existía un amplio control ordinario posible, idóneo y eficaz para evitar las situaciones señaladas de la crisis, de un lado el ejercido por la superintendencia financiera consistente en la vigilancia, control e inspección de los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros. (Decreto 663 de 1993) y de otro lado la Superintendencia de Sociedades podía solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determinara, la información que requiriera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier otra sociedad comercial no vigilada por la hoy Superintendencia Financiera o sobre operaciones específicas de la misma. Contando además con la posibilidad de practicar de oficio investigaciones administrativas a estas sociedades.

Ahora bien, reforzando la tesis anterior, la Superintendencia de economía solidaria también tenía la función de vigilar la captación de recursos del público en unos eventos determinados, de allí que uno de sus objetos es la supervisión sobre la actividad financiera del cooperativismo y sobre los servicios de ahorro y crédito de los fondos de empleados y asociaciones mutualistas y, en general, el aprovechamiento o inversión de los recursos captados de los asociados por parte de las organizaciones de la economía solidaria³³

En opinión de esta Corte no cabe duda que el Gobierno por medio de su Superintendencias contaba con los mecanismos necesarios para conjurar la supuesta crisis decretada.

Las facultades a las que se hace mención eran amplias y suficientes; por ejemplo cualquier sociedad de servicios financieros que desarrollara las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público podían ser vigiladas, controladas e inspeccionadas por la superintendencia financiera.

La supervisión sobre la actividad financiera del cooperativismo y sobre los servicios de ahorro y crédito de los fondos de empleados y asociaciones mutualistas y, en general, el aprovechamiento o inversión de los recursos captados de los asociados por parte de las organizaciones de la economía solidaria, son función de la superintendencia de economía solidaria.

Y aún más, la Superintendencia de sociedades cuenta con una competencia que si bien pareciera residual , resulta amplia y suficiente, para haber controlado la supuesta crisis presentada. En efecto, y como se viene afirmando, esta superintendencia cuenta con la facultad de solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la superintendencia financiera o sobre operaciones específicas de la misma. Además de oficio, puede practicar investigaciones administrativas a este tipo de sociedades.

Es de conocimiento público que la supuesta crisis declarada, está basada en sociedades captadoras de dineros del público , como ejemplos DMG, Inversiones Raíz Network Colombia Ltda., Global Vital Internacional Ltda.,JM Inversiones Turísticas Caribe Ltda., Comercializadora Internacional Sevitrust Ltda.,Proyecciones DRFE, Grupo SAFENGO EU , Inversiones Internacionales GOLDEN GATE S.A , EUROACCIONES EU, Global Vital Internacional Ltda. Etc, entre muchas otras³⁴, todas ellas sociedades que sin dudas podían estar sujetas al control de la referida superintendencia.

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Sociedades contaba con muchos más instrumentos para ejercer la vigilancia y control que al parecer no fueron utilizados. Al respecto la misma ley 222 de 1995 determina que cualquiera otra sociedad no sometida a la vigilancia de otras superintendencias puede ser vigilada de forma permanente por ésta superintendencia con el propósito de que se ajuste a la ley y a los estatutos (art. 84)

Es de agregar que el propio Superintendente, con base en información recaudada o como resultado de una investigación administrativa, puede ordenar vigilar sociedades que pudieran estar incurriendo en el suministro de información al público que no se ajuste a la realidad y además practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia. (art. 84)

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades podía tomar los correctivos necesarios para subsanar cualquier tipo de irregularidad jurídica, económica, o administrativa de cualquier de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia (Art 85).

Sin embargo, no solo la ley dota a la Superintendencia de Sociedades para cumplir las funciones antes anotadas y que hubieren podido evitar, sin dudas la supuesta crisis, sino que además el decreto 1080 de 1996 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos.” Dispone que dicha superintendencia puede ejercer el control sobre cualquier sociedad comercial no vigilada por otra Superintendencia, y ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo de esa compañía. (Art. 2) .

Así entonces, nuestro estado de derecho permitía que la propia superintendencia de sociedades tomara los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas en los órdenes anotados, teniendo realce el contable y el económico. Al afirmar la disposición que se podían utilizar los “correctivos necesarios”, el propio ordenamiento estaba dotando a la referida superintendencia de amplias facultades para evitar que se produjera la supuesta crisis declarada por el gobierno. Los correctivos que el gobierno hubiere determinado como indispensables, necesarios, forzosos e inevitables , acuerdo con la norma, en sentir de esta Corporación , hubieren sido más que adecuados para contrarrestar la crisis alegada por el gobierno nacional.

Así entonces, acorde con los postulados anteriores, el gobierno nacional contaba con los mecanismos ordinarios para atacar la supuesta crisis declarada. Las ilegalidades que se cometieron fruto de la captación de dineros del público por fuera de la ley, estaban amparadas en las normas antes mencionadas, esto es la ley 222 de 1995, Decreto 663 de 1993 y Decreto 186 de 2004, entre muchos otros; los cuales precisamente tenían como objetivo central que ante eventos como los mencionados, las distintas Superintendencias - la financiera, la de economía solidaria y ampliamente la de sociedades- fruto de sus facultades de recibir información o de su facultad propia de investigación, la cual podía ejercer de oficio; tomara los correctivos que estimare necesarios para subsanar las ilegalidades e irregularidades que se presentaban en la captación de dineros del público. Esta era precisamente su función.

En consecuencia, con base en la normatividad expuesta, la captación de dineros del público necesita contar con la autorización previa de las superintendencia ya anotadas y por ende en el evento que dicha captación se hiciera sin dicha autorización previa, las superintendencias, en especial la de sociedades contaba con los instrumentos ordinarios y suficientes precisamente para atacar este tipo de actividades, es decir las ilegales y en consecuencia dichas sociedades debieron ser controladas y vigiladas, para de esta manera tomar los correctivos necesarios que el mismo ordenamiento le otorgaba a la superintendencia de sociedades.

En conclusión las facultades que se arropó el gobierno no eran estrictamente necesarias para conjurar la supuesta anormalidad. Por el contrario, se insiste el gobierno contaba con medidas ordinarias suficientes para conjurar la declarada crisis.

Ahora bien, en segundo lugar, otra de las razones por las cuales la norma bajo estudio no es constitucional es por cuanto no cumple con el principio de amenaza excepcional. Esto es, que el estado de excepción sea declarado con el propósito de conjurar una serie de circunstancias excepcionales para las cuales no se cuenta con herramientas ordinarias en el ordenamiento jurídico para contrarrestarlas.

Es un hecho notorio y de conocimiento público, que las circunstancias que dieron lugar a las medidas dictadas a través del Decreto 4335 de 2008 no tienen el carácter de excepcionales. Los sucesos y actividades que se buscan contrarrestar vienen teniendo ocurrencia hace 3 o 4 años como es conocido en el territorio nacional. En consecuencia, mal puede señalarse o pretender hacer valer, que las circunstancias y sucesos que se buscan contrarrestar tienen el carácter excepcional por cuanto no eran raras, extrañas o particulares al devenir del país, muy por el contrario son actividades y negocios que viene presentándose en el país durante un muy buen espacio de tiempo, y la Corte está haciendo referencia a años atrás.

En este orden de ideas, no puede aceptarse el argumento según el cual, las circunstancias supuestamente productoras de la crisis son nuevas, excepcionales, imprevistas, inesperadas o sorpresivas. Situación anterior, que desvirtúa sin dudas el objetivo del Estado de Excepción y atenta de manera flagrante y directa contra los principios de derecho internacional señalados con anterioridad y acogidos por nuestro ordenamiento jurídico. (Art. 3 Ley 137 de 1994 Estatutaria de los Estados de Excepción)

Debe tenerse presente , aún más , que el Estado a través del gobierno nacional contaba con herramientas creadas más de 20 años atrás cuando se presentó la crisis financiera de 1982. Veamos: Mediante Decreto 2919 de 1982 el gobierno de la época declaró el Estado de emergencia económica y a través del Decreto 2920 de 1982 se dictaron normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero.

El artículo 1° del decreto 2920 de 1982 estableció que los administradores de las instituciones financieras, debían obrar no solo dentro del marco de la ley , sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de realizar varias conductas dentro de las que se encontraba abstenerse de dar información que a juicio del superintendente bancario , deba tener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. El mismo decreto determinaba que cuando una institución financiera mostrara pérdida de iliquidez en condiciones extremas en que hayan resultado insuficientes los créditos extraordinarios del Banco emisor, y aunque ello puede no atribuirse a operaciones ilegales, inseguras o contrarias a la buena fe de sus administradores , debería ser objeto de una serie de medidas con que se dotaba al gobierno, entre las que se encontraban la vigilancia especial de la superintendencia, la toma de posesión para administrar o liquidar y en casos extremos la nacionalización.

Lo anterior demuestra , que desde hace mas de 20 años, los gobiernos nacionales han contado con los instrumentos necesarios para evitar las captaciones ilegales de dineros del público. En consecuencia, no era indispensable dictar unas nuevas normas supuestamente excepcionales para realizar lo mismo que normas de vieja data preveían. Téngase presente que según la Constitución , en su artículo 215, se establece que las medidas que se tomen en el Estado de emergencia económica y social adquieren un carácter permanente con excepción de aquellas que establezcan en forma transitoria nuevos recursos o modifiquen los existentes.³⁵

No bastando lo anterior, es indispensable señalar que el artículo 1° del decreto legislativo No 4335 de 2008, al indicar que la autoridades que éste indica pueden ordenar el cierre del establecimiento de comercio , local , oficina o cualquier lugar donde se desarrollen las actividades tantas veces mencionada, está vulnerando de manera clara el artículo 29 de la Constitución Política que establece el derecho fundamental al debido proceso.

En efecto, el cierre de los establecimientos mencionados con anterioridad, no es más que un tipo de sanción por la actividad que se realiza. Siendo esto así, cualquier tipo de sanción en un estado de derecho, requiere sin dudas, de un procedimiento para su imposición en aras de descartar la arbitrariedad en la toma de la decisión.

En nuestro Estado Constitucional no puede presentarse una sanción sin que medie un procedimiento debido para la toma de la decisión. Así pues, es necesario la formulación de unos cargos, la presentación de unas pruebas que los fundamentas y la posibilidad de controvertirlas, unos alegatos de parte , la decisión y la posibilidad de contradecirla a través de unos recursos .

En consecuencia, fortalece aún más la inconstitucionalidad del artículo mencionado, el

hecho que la facultad de cierre de una serie de establecimientos, no cuente con un procedimiento que garantice la posibilidad de que el ciudadano o ciudadanos afectados se defiendan de la facultad extraordinaria del gobierno. Así entonces, se presenta una clara violación al debido proceso como derecho fundamental constitucional.

En resumen, es claro entonces que el gobierno nacional dejó de utilizar los mecanismos ordinarios que el ordenamiento jurídico le otorgaba para contrarrestar la supuesta crisis declarada. En consecuencia, lo que se pretendió era investirse de unos mecanismos aparentemente extraordinarios para hacer lo que debió realizar en la normalidad. Por ende con dicha pretensión, vulnera el derecho de propiedad, de libertad de empresa y el debido proceso.

Ha sido clara entonces la negligencia y desidia del gobierno nacional en la utilización de los mecanismos ordinarios que le otorgaba el ordenamiento jurídico para conjurar la crisis supuestamente presentada por la captación ilegal de dineros del público. Por ende, mal puede el gobierno investirse de facultades extraordinarias que lo benefician y en consecuencia alegar su propia culpa. Debe tenerse presente el principio de derecho que determina que nadie puede alegar su propia culpa. Esto es lo que hace el gobierno nacional con el decreto 4335 de 2008.

Así pues, lo que pretende el gobierno nacional, es que la Superintendencia de Sociedades hoy si cumpla las obligaciones que siempre ha tenido en el ordenamiento jurídico. La negligencia del gobierno nacional no pueden generar facultades excepcionales por cuanto nadie puede, se repite, alegar su propio desgano y flojedad.

3. Las verdaderas razones de la declaratoria de emergencia económica y social.

Una de las principales razones consiste en que los Colombianos están excluidos del crédito legítimo. La gran mayoría que no cuenta con recursos suficientes no son clientes aceptables para el sector financiero, el cual solo otorga créditos a los ciudadanos que cuentan con recursos. Aquellos pocos que tienen acceso al crédito legítimo se encuentran en mora por las altas tasas de interés, como se verá más adelante, y por último; la minoría que tiene crédito legítimo se encuentra con lo que se señalará en la presente providencia más adelante. (numeral 38).

Así las cosas, el problema estructural radica en la ausencia de crédito legítimo para la mayoría de personas de éste país. Mientras no se masifique el crédito legítimo el problema seguirá siendo fundamental y sin solución. La masificación del crédito implica una solución de fondo que el gobierno nacional no abordó a través de los mecanismos ordinarios como la presentación de un proyecto de ley de la República.

En esencia el gobierno nacional, no ha dado cumplimiento las exigencias claras constitucionales³⁶ que le obligan a masificar el crédito legítimo y a dar prioridades a los menos favorecidos.

En un Estado Constitucional y democrático como el Colombiano debe existir en desarrollo de la propia constitución, una banca de fomento y es precisamente esto lo

que el gobierno nacional no ha resuelto, siendo lo anterior un problema estructural y generador de fenómenos como los que hoy se pretenden hacer valer como excepcionales siendo corrientes.

En este orden de ideas, la mayoría de personas al no poder acceder al crédito legítimo se ve compelida - sin que se justifique- a buscar otro tipo de instrumentos. Así entonces, siendo un problema estructural el de la masificación del crédito y la creación de una banca de fomento, mal puede afirmarse que es una situación excepcional a resolverse a través de medidas excepcionales, por cuanto el problema subsistirá.

Otra de las razones se basan en que la actual emergencia económica tiene su causa primaria en los desmanes del sistema financiero nacional, y en la falta de interés del gobierno nacional porque este servicio esencial -el de la banca- sirva a los intereses de la mayoría de los colombianos y no a los de unos pocos que se lucran de manera desmedida.

Las entidades que conforman la banca nacional ven crecer año tras años sus utilidades, como es de público conocimiento, en proporciones que en otras latitudes serían impensables, todo al costo de las personas. Éstas, a cambio, reciben malos servicios, patentes en las interminables horas de espera que el ciudadano del común tiene que soportar para hacer el trámite más sencillo o en los innumerables papeleos que estoicamente tiene que soportar para cualquier transacción.

Sin embargo, la ineptitud en el servicio solamente es la punta del iceberg. En el fondo -como se venía señalando- el problema yace en que el sector financiero tiene un manejo de espaldas al interés general y de cara al interés particular de unos pocos. Las utilidades del sector son exageradas y difícilmente se puede hallar, en el ámbito mundial, un país donde los banqueros ganen tanto como en Colombia.

Para hacerse una idea de lo dicho anteriormente, cabe recordar aquí lo que es de conocimiento público: en el 2005 las utilidades del sector fueron de aproximadamente de tres (3) billones de pesos, en el 2006 de cinco (5) billones, en el 2007 de seis (6) billones y en el 2008 fueron próximas a ocho (8) billones de pesos. Es necesario tener en cuenta que esas monstruosas sumas se dividen solamente entre dieciocho bancos³⁷, algunos de los cuales -producto de las fusiones- pertenecen a inmensos grupos económicos. Así pues, los ocho billones de pesos de utilidad que arrojó el sector en el año 2008, termina concentrándose en cabeza de cuatro o cinco grupos económicos.

¿Cómo logran los bancos nacionales estas utilidades desmedidas? El negocio de la banca es, en esencia, muy sencillo: los bancos reciben dinero de los ahorradores y les pagan a éstos unos intereses; este dinero así recibido -es decir, que realmente es el dinero de los ahorradores- lo prestan a las personas con necesidad de crédito y, como contraprestación, cobran un interés. La diferencia entre el interés que le pagan los bancos a los ahorradores y aquel que le cobran a las personas que piden créditos, es el verdadero negocio de la banca.

Así las cosas, la diferencia se llama margen de intermediación bancaria. Y el margen de intermediación bancaria en nuestro país es altamente beneficioso para los dueños de los

bancos, pues -a grandes rasgos- le pagan a los ahorradores (verdaderos dueños de la plata que mueve el banco) un interés entre el cinco y el seis por ciento anual, mientras captan intereses que se aproximan al veinticuatro por ciento.

En efecto, la tasa de intermediación es inmensa, lo que genera un costo ingente y desmedido a las personas, a través de una tasa que se convierte en confiscatoria, por cuanto en realidad despoja a la gente de su dinero.

Para ilustrar lo anterior, a manera de ejemplo, imaginemos que el señor Pedro deposita un millón de pesos en su cuenta de ahorros del Banco X. Este millón de pesos no queda guardado en una caja fuerte del Banco X, sino que éste se lo presta al señor Ramón, quien lo necesita para poder comprar insumos agrícolas.

En el transcurso de un año, Ramón pagará por concepto de intereses al Banco X, un 24% del millón que originalmente le prestaron; es decir que al final del año deberá pagar doscientos cuarenta mil (\$240.000) pesos en intereses, sin haber devuelto aún el millón que inicialmente le prestaron.

Durante ese mismo año, el Banco X le pagará al ahorrador, el señor Pedro dueño verdadero de la plata, intereses equivalentes, en el mejor de los casos, a sesenta mil (\$60.000) pesos. Así pues, el resultado de la diferencia entre lo que el señor Ramón le pagó al Banco X por intereses de su crédito (\$ 240.000) y lo que el Banco X le pagó al ahorrador, señor Pedro, (\$ 60.000) por el mismo concepto es lo que se gana el banco.

En el ejemplo, la suma equivale a ciento ochenta mil pesos (\$ 180.000), que son un dieciocho por ciento del dinero originalmente depositado por el señor Pedro. Así pues, con dinero ajeno, el Banco X, sólo por servir de intermediario, se ganó ciento ochenta mil (\$180.000) pesos.

En consecuencia, se evidencia que el sector financiero está asfixiando al sector real de la economía y a los trabajadores.

Pero lo peor es que el negocio de los bancos nacionales no se agota ahí. Estos también implementan una serie de cobros adicionales que hacen que su negocio sea más "redondo": los bancos ganan por partida doble, pues aparte del alto margen de intermediación financiera, los costos que genera el negocio no los pagan con dicho margen, sino que se los cobran al usuario. Cualquiera que tenga siquiera una cuenta de ahorro en un banco colombiano ha oído hablar de la famosa "cuota de manejo" o ha podido verificar que cualquier transacción por teléfono, Internet o cajero automático tiene un costo adicional para el usuario.

Lo anterior, referido a nuestro ejemplo, significa que si el señor Pedro (el que depositó el millón de pesos en el Banco X) recibió una tarjeta débito de su banco, tendrá que pagar anualmente por ésta, por concepto de "cuota de manejo" unos treinta mil pesos anuales; si, adicionalmente, este señor consulta cuatro veces al año el saldo de su cuenta de ahorros -queriendo saber cómo va su depósito y si sí le han sido liquidados los intereses-, dichas consultas, con un costo individual de tres mil pesos, ascenderán a doce mil pesos anuales.

Ahora, recordemos que el hombre del ejemplo tenía la expectativa de recibir sesenta mil pesos por concepto de intereses al finalizar el año. Si restamos de esta cantidad los cobros adicionales que le hizo el banco ("cuota de manejo", consulta del saldo por cajero electrónico), al final del periodo el señor Pedro se habrá ganado veintiocho mil (\$ 28.000) pesos; tanto como si hubiera colocado su millón de pesos a un interés de 2.8% anual. Por el contrario, el Banco X, en el peor de los casos, conserva sus ciento ochenta (\$180.000) mil pesos de ganancia, pues los costos de la operación se los ha trasladado al usuario del sistema.

Ilusoriamente, ante la realidad anteriormente señalada, muchos colombianos prefirieron llevar su dinero ahorrado con esfuerzo ante sociedades que realmente les ofrecían una alternativa- sin que esto justifique actividades ilegales- ello en la ilusión de que dichas sociedades, las "pirámides" no fueran a lucrarse desmedidamente a costillas de ellos, tal y como lo hacen los bancos colombianos.

Como explicar entonces que por sancionar a servidores públicos, o meter a la cárcel a personas, en realidad, ¿se va a solucionar el problema ?

Por las anteriores razones discrepo de la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Despouy Leando, Los Derechos Humanos y los estados de excepción, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. www.bibliojurídica.org

2 Ibidem, pag 15.

3 Ibidem, pag 18.

4 Ibidem, pag.22.

5 Ibidem, pag 23.

6 Ibidem, pag 51.

7 Ibidem, pag 62.

8 Salvamento de Voto a la sentencia de constitucionalidad C-802 de 2002.

9 Zovatto G. Daniel, Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina.

10 Melendez, Florentín. Suspensión de los derechos fundamentales en los estados

de excepción, según el derecho internacional de los derechos humanos. Universidad Complutense.

11 Florentin Melendez.

12 Sentencias de constitucionalidad C- 122-03 salvamento de voto, C-802 y 1024 de 2002.

13 Salvamento de voto a la sentencia C-1007-02

14 C-1024 de 2002.

15 Esta Corporación en sentencia C-595 de 1999, al pronunciarse sobre la exequibilidad del citado artículo 669 del Código Civil, declaró inexecutable la expresión “arbitrariamente”, por entender que la misma envuelve un marcado interés individualista reconocido por el legislador en el año de 1887, que no resulta compatible al amparo de una nueva Constitución, que se cimienta sobre el principio del Estado Social de Derecho, y que, por lo tanto, excluye una concepción absoluta, sagrada e inviolable de la propiedad privada. Textualmente, este Tribunal manifestó:

“La Constitución de 1991 reconstituyó a Colombia como un “Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. // Como lógico corolario, la configuración del derecho de propiedad (reiterativa de la inconsistencia anotada a propósito de la Reforma de 1936), se hizo atenuando aún más las connotaciones individualistas del derecho y acentuando su función social; agregó además el Constituyente que al derecho de propiedad le es inherente una función ecológica y creó, con el mandato de que sean protegidas, y promovidas formas asociativas y solidarias de propiedad. (...)

De todo lo que anteriormente se ha expuesto se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (la doctrina de la Corte ejemplificada en las citas anteriores así lo confirma), es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91; por ende, se deduce que el contenido del art. 669 del Código Civil según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho arbitrariamente, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia. // A más de lo anterior, es pertinente subrayar que ciertos conceptos jurídicos definidos por el legislador, cumplen una importante función simbólica, v.gr: libertad, responsabilidad, obligación, facultad, culpa, y, por tanto, suministran la clave de lo que el ordenamiento es, de la filosofía que lo informa; en este caso, queda claro que el artículo 669 no puede simbolizar de modo veraz lo que es hoy el dominio en Colombia, por mandato del Estatuto soberano.

- 17 M.P. Fabio Morón Díaz.
- 18 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 19 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 20 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 21 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 22 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 23 M.P. Fabio Morón Díaz.
- 24 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 25 Subrayado por fuera del texto original.
- 26 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 27 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

28 En cuanto al alcance del núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, se sostuvo que: “4. Restricciones al derecho de propiedad en relación con la propiedad inmueble. De conformidad con los razonamientos anteriores, el derecho de dominio, que incluye la potestad de usar, gozar y disponer de un bien determinado, puede ser sometido a restricciones por parte del legislador. Aunque el ordenamiento constitucional exige que tales restricciones sean razonadas y proporcionales de modo que no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad, lo cierto es que, mientras tales limitantes sean respetadas, la ley se encuentra habilitada por la Constitución para aplicarlas cuando ello resulte necesario para satisfacer los intereses sociales.(...)”

Precisamente sobre este particular, la Corte Constitucional señaló que el carácter social del derecho de propiedad autoriza al legislador para obligar al propietario, ya no sólo a abstenerse de realizar conductas que limiten el ejercicio de su derecho, sino a desplegar acciones positivas que tiendan a efectivizarlo. En este sentido, la Corte dijo lo siguiente:

“En ese orden de ideas y reivindicando el concepto de la función social, el legislador le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales, respetando sin embargo, el núcleo del derecho en sí mismo, relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad. (...)”

Pues bien, para esta Corte es claro que la medida que se demanda está acorde con la segunda de las situaciones planteadas. (...) [El] buen estado de conservación de un bien inmueble es factor indispensable para el normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, más todavía si se habla de partes de inmuebles que podrían estar expuestas

al público o que son aledañas a espacios comúnmente transitados por personas. De conformidad con el artículo 2º de la Carta Política, las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, función que -en el contexto que se analiza- se ejercería a través del control a la estabilidad y consistencia de las edificaciones. Desde este punto de vista, no cabe duda que a la medida acusada le incumbe la seguridad de los individuos que se encuentran en cercanías de casas, edificios o muros de antejardines -aunque, en verdad de cualquier elevación arquitectónica- por lo que lo perseguido a través del deber asignado al alcalde local es que se reparen, mediante construcción, aquellas estructuras que puedan presentar un riesgo ajeno de tipo personal o, incluso, patrimonial.

[En efecto] la presentación exterior de las edificaciones corresponde más a un aspecto de la autonomía de la voluntad vinculado con el derecho de uso y goce de la propiedad privada, así como con la libertad de expresión y con el libre desarrollo de la personalidad, que con la seguridad exterior. En este sentido, no podría afirmarse que el alcalde está habilitado para ordenar la construcción de obra por mal estado de presentación si esta presentación no constituye factor de riesgo para la comunidad. (...)

En definitiva, podría argüirse que la norma que autoriza a los alcaldes a ordenar construcción de obra por mal estado de presentación de muros y frentes de edificaciones es exequible en la medida en que se la entienda como una atribución que se ejerce, no de acuerdo con el criterio personal del funcionario administrativo, sino conforme las disposiciones legales y reglamentarias, relativas a urbanismo o a conservación del patrimonio cultural o histórico que definen, en cada caso concreto, cuáles son los requisitos, parámetros, criterios y demás condiciones estéticas que deben cumplirse en el mantenimiento de las construcciones”. Subrayado por fuera del texto original.

29 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

30 Textualmente se señaló: “Ciertamente, el contenido esencial del derecho de propiedad, entendido como aquel mínimo subjetivo o espacio de libertad para que las personas puedan ejercer y disponer libremente de sus bienes dentro del marco jurídico, no puede ser interferido por el Estado so pretexto de regular su función social y ecológica, ya que ante todo se trata de un derecho fundamental que permite el desarrollo de un ámbito de libertad personal y en este sentido debe protegerse constitucionalmente. Por ello, las limitaciones que puedan imponerse al propietario por el legislador deben tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que exigen un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad”.

31 “ ... Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la

República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los

previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen

perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia.

Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la interveñción del Estado. Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Es así como desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera.

Que a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo “- sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades.

Que, con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio.

el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado.

Que, con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en

general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de

manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo

asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera.

Que, la inclinación de muchos ciudadanos por obtener beneficios desorbitantes, los ha llevado a

depositar sus recursos en estas empresas cuyas operaciones se hacen sin autorización,

desconociendo las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional.

Que, frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en

distintas regiones del territorio nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado

acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas.

Que, no obstante lo anterior, se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos

abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las

mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes.

Que estas actividades no autorizadas han dejado a muchos de los afectados en una precaria

situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede

devenir en una crisis social.

Que con ocasión de lo expuesto en los considerandos anteriores, también puede perturbarse el

orden público.

Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están

amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar

esta

situación en forma inmediata.

Que se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en

el presente Decreto.

Que se hace necesario profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos

recursos al sistema financiero.

Que se hace necesario dotar a las autoridades locales que mecanismos expeditos con miras a

evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad. ...”

32 Decreto 4333 de 2008.

33 Decreto 186 de 2004.

34 www.supersociedades.gov

35 Art. 215 constitucional “...Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. “

36 Arts. 60,64,65 y 66 entre otros, de la Constitución Política

37 www.superfinanciera.gov.co