

C-203-16

Sentencia C-203/16

TIPIFICACION DEL DELITO DE CONTRABANDO-Configura una medida razonable, idónea y necesaria para alcanzar finalidades legítimas desde la perspectiva constitucional, que buscan proteger a los sectores productivos del país y cuidar las finanzas del estado derivadas de los aranceles y otros recursos tributarios

INSTRUMENTOS PARA PREVENIR, CONTROLAR Y SANCIONAR EL CONTRABANDO, EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA EVASION FISCAL-Disposiciones penales y procesales

CONTRABANDO-Tipificación acorde con el principio de razonabilidad penal

VULNERACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE AL DELITO DE CONTRABANDO-Cosa juzgada constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Objeto y concepto de la violación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Condiciones para su estructuración

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Fundamentos y evolución jurisprudencial

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Carácter vinculante e inmutable

COSA JUZGADA-Elementos para su existencia

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Categorías/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Supuestos en los cuales no se configura

COSA JUZGADA EN MATERIA DE CONTROL ABSTRACTO CONSTITUCIONAL-Implicaciones

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Existencia

CONTRABANDO-Jurisprudencia constitucional

CONTRABANDO-Margen de configuración legislativa en materia penal

LEGISLADOR-Margen de configuración y límites en materia de tipificación de delitos

POLITICA CRIMINAL-Margen de configuración en materia de tipos penales

POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO-Límites

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD PENAL-Alcance

POLITICA CRIMINAL-Principios de razonabilidad y proporcionalidad

MARGEN DE CONFIGURACION NORMATIVA EN MATERIA DE TIPIFICACION DE DELITOS-  
Ponderación entre prevención y sanción del delito frente a la libertad individual y el derecho al debido proceso

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD PENAL EN TERMINOS DE PROHIBICION DE EXCESO PUNITIVO-  
Juega papel de primer orden en materia de fijación de quantum punitivos

CONTRABANDO-Afectación grave al aparato productivo colombiano/CONTRABANDO-  
Afectación grave las finanzas del Estado colombiano a nivel nacional y departamental

Referencia: expediente D- 10906

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 4, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015.

Demandante: Sigifredo Castro Duque

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril dos mil dieciséis (2016)

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Sigifredo Castro Duque solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de los artículos 1, 4, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015, por violar el artículo 29 Superior, el principio de la buena fe, la libertad de empresa, los principios constitucionales de “unidad de materia, igualdad y proporcionalidad” y por cuanto “el legislativo al decretar esta ley sobrepasó el mandato constitucional estatuido en el numeral primero del artículo 251”.

El Magistrado Ponente, mediante auto del 6 de agosto de 2015 inadmitió parcialmente la demanda presentada por el ciudadano Sigifredo Castro Duque contra los artículos 1, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015, y la admitió únicamente por violación del artículo 4º de la misma normatividad, por los cargos de desconocimiento de los principios de tipicidad, taxatividad, razonabilidad e igualdad.

Presentada la corrección de la demanda, mediante auto del 24 de agosto de 2015, el Despacho la rechazó, decisión que en sede de súplica fue confirmada por Auto de Sala Plena número 425 del 16 de septiembre de 2015.

### 1. DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación, se transcriben las normas acusadas:

LEY 1762 DE 2015

(julio 6)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 4o. CONTRABANDO. Modifíquese el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 319. Contrabando. El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

En que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta.

PARÁGRAFO. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal”.

## 2.LA DEMANDA

En relación con el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por el cual se modifica el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, referente al tipo penal de contrabando, el demandante alega que el verbo rector “disimular” es de carácter subjetivo, y en esa medida, vulnera el principio de tipicidad penal.

En el mismo sentido, señala que “la norma no cumple con el principio de taxatividad, pues señala una descripción tan amplia y ambigua que no permite definir el supuesto de hecho, pues no establece la relación de esta conducta punible, con la comercialización, sin que pudiera señalarse con certeza, por ejemplo, que exista un nexo entre las tablas de referencia y las barreras económicas para importar”.

Invoca asimismo un desconocimiento del principio de razonabilidad penal, que “exige que el Estado utilice de manera racional las conductas punibles que trae el Código Penal que permiten sancionar de manera estricta a quienes comercializan elementos de contrabando, tales como los delitos de favorecimiento, receptación concierto para delinquir y lavado de activos, pero no utilizar el derecho penal como una herramienta simbólica frente a comportamientos que ya puede reprimir sin necesidad de desconocer las garantías de terceros que no tienen relación con la conducta punible”.

De igual manera, explica que el legislador incurrió en un “exceso punitivo”, al prever unas penas para el contrabando similares a aquellas vigentes para los delitos de lavado de activos y terrorismo (principio de igualdad).

### 3.INTERVENCIONES CIUDADANAS Y OFICIALES

El ciudadano Diego Fernando Fonnegra Vélez, actuando en representación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la norma legal acusada.

Señala que los delitos de contrabando y lavado de activos se hallan plenamente tipificados en el Código Penal colombiano, y por extensión, en la Ley 1762 de 2015.

Agrega que el derecho al debido proceso, “supuestamente conculcado, a que aduce el actor, se materializa es dentro del proceso, en todas las actuaciones judiciales y administrativas”.

Indica que la ley es general y abstracta, y por lo tanto, no se vulnera el principio de igualdad.

Concluye afirmando que la Ley 1762 busca unos fines legítimos consistentes en perseguir conductas fraudulentas e ilegales relacionadas con el comercio exterior.

### 3.2. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI

El ciudadano Bruce Mac Master, actuando en su calidad de representante legal de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la norma legal acusada.

Argumenta que el legislador goza de un margen de configuración normativa en materia penal, y en tal sentido, el Congreso de la República cuenta con la necesaria discrecionalidad para tipificar delitos como el contrabando.

En cuanto a los principios de tipicidad y taxatividad explica que se derivan del artículo 29 Superior y hacen parte del principio de legalidad en sentido estricto. Según éste, el legislador debe describir de forma inequívoca, de manera que el rol del juez penal sea determinar si la conducta se adecua un comportamiento abstracto, definido por el legislador.

En el caso de los tipos penales, la Corte Constitucional ha indicado que todo tipo penal debe contener: (i) un sujeto activo y uno pasivo; (ii) una conducta genérica de naturaleza objetivo-descriptiva, que trae referencias normativas y subjetivas; y (iii) un bien jurídicamente protegido.

Indica que el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015 contiene tres tipos penales, los cuales protegen el bien jurídico del orden económico y social, contenido en el artículo 334 Superior. De esta manera, los tres tipos penales comparten el sujeto activo y el bien jurídicamente protegido, aunque difieren en relación con los verbos rectores y las circunstancias específicas de modo y lugar.

Explica que el verbo rector “disimular” no ofrece vaguedad alguna, por cuanto “debe tenerse en cuenta que el alcance del verbo rector está determinado por la denominación del tipo (contrabando) y por los elementos específicos que le componen. Es decir, la conducta punible del verbo rector en comento consiste en encubrir con astucia, una mercancía con valor superior a 50 SMLMV del control de las autoridades aduaneras”.

Encuentra asimismo que la norma acusada es razonable, en la medida en que busca alcanzar unos fines legítimos: (i) actualizar las normas anticontrabando; (ii) generar un

sistema normativo que proteja a la industria nacional; (iii) atacar las finanzas de los grupos armados ilegales; y (iv) prevenir el terrorismo, entre otros.

En cuanto al juicio de igualdad, el interviniente compara las penas aplicables a los delitos de contrabando, terrorismo y lavado de activos, concluyendo la inexistencia de la desproporción alegada por el demandante.

### 3.3. Dirección Nacional de Aduanas e Impuestos Nacionales DIAN

El ciudadano Augusto Fernando Rodríguez Rincón, actuando en representación de la Dirección Nacional de Aduanas e Impuestos Nacionales DIAN, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la norma legal acusada.

Rechaza el planteamiento del demandante, según el cual el verbo rector “disimilar” es de carácter subjetivo y, por ende, vulnera el principio de tipicidad penal.

Indica que resulta absurdo el argumento del ciudadano según el cual el tipo penal de contrabando debe inaplicarse en las ciudades del centro del país, bajo el pretexto de que es responsabilidad del Estado vigilar las fronteras. Lo anterior por cuanto el ingreso de mercancías al país también se realiza por los aeropuertos, lo cual implica la realización de un control aduanero, “y se puede configurar el delito de contrabando cuando se disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero las mercancías, independientemente de que las mismas hayan pasado diferentes controles aduaneros”.

Se trata de una conducta que lesiona un interés jurídicamente tutelado por el Estado, pues el derecho penal censura la mercancía de origen extranjero en territorio aduanero nacional, sin el cumplimiento de los requisitos legales, como quiera que se afecta la economía nacional.

Agrega que el delito de contrabando tiene un doble resultado adverso: afecta intereses colectivos, en la medida en que perturba, altera y entorpece las condiciones generales del mercado; e igualmente, afecta los intereses de quienes aspiran al juego limpio de la economía.

Arguye asimismo que la norma acusada cumple con el principio de taxatividad, en la medida en que quien incurre en cualquiera de las conductas señaladas en la norma, conoce

la lesividad de su actuar. Además, los verbos rectores allí consignados no requieren interpretación más allá de la que impone una simple reflexión.

Niega la existencia de ambigüedad alguna, ya que se trata de conductas relacionadas con el ingreso y circulación de mercancías por todo el territorio nacional. En esa medida, ocultar o disimular guardan relación con hechos relacionados con el ejercicio de las actividades de control aduanero.

De igual manera, rechaza el cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de razonabilidad, en la medida en que la norma legal acusada no criminaliza a quienes comercien legalmente con mercancías importadas. El daño que genera el contrabando genera un juicio de reproche, en punto al daño ocasionado a la economía en general.

Agrega que el legislador atinó en configurar como infracción administrativa el ingreso, extracción, ocultamiento, simulación o sustracción del control aduanero de mercancía y, al mismo tiempo, erigir tales conductas como delitos.

Por último, rechaza el argumento de la existencia de una violación al principio de igualdad, en cuanto el delito de lavado de activos se constituye en figura delictiva autónoma, ya que lesiona de manera directa y dolosa el orden público económico, porque para la realización de las actividades tendientes a ocultar dineros de origen ilegal y darles posterior apariencia de legalidad a través de su vinculación al sistema económico, debe existir de manera anterior una actividad delictiva.

### 3.4. Ministerio de Justicia y del Derecho

El ciudadano Fernando Arévalo Carrascal, actuando en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte: (i) inhibirse frente al cargo de vulneración del principio de igualdad contra el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015; y (ii) exequible en relación con los cargos por vulneración de los principios de tipicidad, taxatividad y razonabilidad.

En lo que atañe a la supuesta vulneración de los principios de taxatividad y tipicidad penales, el interviniente sostiene que el verbo rector “disimular”, no los vulnera por cuanto: (i) la conducta está descrita de forma específica, precisa y objetiva; (ii) contiene una



sanción precisa; y (iii) resulta correlativa a la vulneración de los bienes jurídicos tutelados (orden económico-social y sistema financiero).

Indica que la disposición legal acusada no vulnera el principio de razonabilidad, ya que los bienes jurídicamente amparados por el tipo penal de contrabando, se han visto gravemente afectados. En efecto, dicha conducta afecta el recaudo tributario, las condiciones de libre competencia en el mercado, amén del empleo.

Por último, en relación con el cargo de inconstitucionalidad por igualdad, sostiene que éste no se configuró, por cuanto las penas no resultan ser asimilables, ni se afectan los mismos bienes jurídicos.

### 3.5. Universidad Santo Tomás, sede Bogotá.

El ciudadano Carlos Rodríguez Mejía, actuando en representación de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte limitar la interpretación de los artículos 4 y 13 de la Ley 1762 de 2015 y declarar inexecutable el artículo 6º de la misma normatividad.

Luego de transcribir varios extractos jurisprudenciales sobre el principio de legalidad en materia penal, indica que “el Alto Tribunal debe imponer a los operadores judiciales la realización de una interpretación restrictiva...que obedezca a criterios de generalidad, en armonía con el principio del in dubio pro reo”.

Agrega que el margen de configuración del legislador en materia penal no es absoluto y en esa medida el artículo 6º de la Ley 1762 de 2015 debe ser declarado inexecutable. Lo anterior por cuanto “es posible colegir que los consumidores finales de todo bien importado, deben portar constantemente la factura que acredite el ingreso legítimo de los productos al país, o de lo contrario, estarían incurriendo en el delito de favorecimiento del contrabando, lo cual es claramente contrario al principio de racionalidad y proporcionalidad que según esta Corporación debe ceñirse”.

El ciudadano Rafael José Lafont Rodríguez, actuando en su calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declararse inhibida para proferir un fallo

de fondo, y de manera subsidiaria, profiera un fallo de exequibilidad.

En relación con la presunta vulneración del principio de taxatividad alega que no se vulnera ya que “Si bien el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015 es un tipo penal compuesto (describe diversos comportamientos que representan modalidades de un mismo delito, utilizando para ello varios verbos rectores), no puede aseverarse que sea tan amplio y ambiguo que no defina el supuesto hecho. El artículo 4 en cuestión describe de forma clara y precisa los elementos que estructuran el tipo penal”.

Indica que el demandante extrae de la norma acusada razonamientos y apreciaciones subjetivas, que no son ciertas. Los razonamientos expuestos por el accionante devienen en simples conjeturas y opiniones que carecen de la pertinencia indispensable para que la Corte emita un fallo de fondo.

Rechaza igualmente el cargo por violación del principio de razonabilidad de la ley penal. Estima que la argumentación planteada es incoherente e insuficiente, y por ende, no es posible concluir que el tipo penal acusado está incluido o subsumido en los delitos de favorecimiento, receptación, concierto para delinquir y lavado de activos. Las conductas tipificadas en estos últimos son muy diferentes de la del primero. Los bienes jurídicos protegidos también lo son. En el caso del tipo penal de contrabando, el bien jurídico protegido es el orden económico y social; en el caso del favorecimiento y de la receptación es la eficaz y pronta administración de justicia.

En relación con el cargo de violación del derecho a la igualdad, señala que el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015 contiene varias penas de prisión y multa, aplicables según la conducta, su gravedad y el valor de las mercancías. El demandante no explica a cuál o cuáles de esas circunstancias se refiere. De esta forma, el punto de partida del análisis es oscuro.

No obstante lo anterior, el interviniente también aporta ciertos argumentos encaminados a que la Corte declare exequible el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015.

En tal sentido, la norma acusada cumple con los siguientes requisitos: (i) observancia estricta del principio de legalidad; (ii) respeta los derechos humanos; y (iii) cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En cuanto al verbo rector “disimular”, señala que su significado se puede desentrañar el Informe Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 94 de 2013, en el sentido de que “se busca desorientar o engañar a la autoridad aduanera, con miras a obtener beneficios en materia arancelaria o tributaria”.

Tampoco estima que el legislador haya vulnerado el principio de razonabilidad penal, en cuanto que el tipo penal de contrabando no se confunde con aquellos de lavado de activos, concierto para delinquir ni terrorismo.

### 3.7. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La ciudadana Laura Victoria Bechara Arciniegas, actuando en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declararse inhibida para proferir un fallo de fondo, y de manera subsidiaria, profiera un fallo de exequibilidad.

Indica que el demandante emplea argumentos relativos a la subjetividad de la conducta y al principio de tipicidad, son seguir un hilo conductor claro. Sus argumentos carecen de toda conexión lógica. Por ejemplo, ¿a qué se refiere el actor con las “ciudades del interior”?

Señala que el cargo no cumple con los requisitos de certeza y pertinencia, por cuanto no se plantea un verdadero debate constitucional.

Alega que la norma acusada no vulnera el principio de taxatividad, en la medida en que los tipos penales se limitan a describir ciertas conductas prohibidas en abstracto, las cuales son castigadas en concreto, conforme con los criterios de culpabilidad y antijuricidad, lo que evita la configuración de eventos de responsabilidad objetiva.

Agrega que el tipo penal de contrabando cumple con los requisitos de tipicidad y taxatividad, pues únicamente pueden castigarse aquellas conductas que encuadran en los precisos verbos rectores que contiene la norma y que permiten la comprensión cierta de lo que constituye el ilícito.

En relación con la razonabilidad de la norma acusada, explica que, si bien en 1991 se despenalizó el contrabando, debido al incremento de este fenómeno en la década de los noventas, fue necesario volver a criminalizarlo, ya que las medidas administrativas fueron

insuficientes.

### 3.8. Grupo de comerciantes

Durante el término de fijación en lista se recibieron un total de 118 escritos, coadyuvando la demanda presentada por el ciudadano Sigifredo Castro Duque: Asley Ivanov Navarro Florián; Gustavo de Jesús Gómez Gutiérrez; John Jairo Gutiérrez Villegas; Miryam Patricia Baquero Alfonso; Dayluz Echeverri Moreno; Tatiana Gómez Gutiérrez; Adriana Vélez Pardo; José Ramiro Pachón; Jesús María Almeyda Franco; Claudia Ruiz Escobar; Gregorio Martínez Quintana; Germán Rodríguez.; Víctor Manuel Cely V; Gabriel Gutiérrez Mahecha; Ciro Antonio Galeano; Berenice Cortés; Yamile Rincón Rincón; Osmar Uriel Gómez Joya; Hernán Ruiz; José Danilo Vargas Caro; Claudia Vega Fernández; Darío Marmolejo Espitia; Luz Dary Tobón López; Humberto U. Sierra S; Gilberto Jaramillo Silva; Gustavo Alex Novoa; Ana Sofía Parrado; Alexander Ríos y otros; Verónica Ruiz Ospina; Mónica María Ospina Muñoz; Carlos Torres R; Luz Amanda Cristancho; Gonzalo Contreras; Luz Nelly Melo; Luz Marina Ríos Navas; Sandra Rocío Tamara; Aura María Montenegro Bulla; Elsie Darío López Rincón; Ana Irene Correa; Sandra Forero Álvarez; Luz Estela Acuña; Arcelio Urrego; Gladys Cely; Nidia Angélica Díaz Castañeda; Héctor Arbey Osorio Ocampo; Carlos Arturo Angulo; Brendal Robledo M.; Daira Yolima Sandoval Aparicio; Walter Bedoya Viña; María Antonia Sandoval Angarita; Carlos Alberto González; Carolina Arias Cruz; Luz Ayda Toscano; Fabián Samir Rodríguez Mesa; Ingrid Johanna González Ramírez; Severo Mesa Sandoval; Gloria Inés Garzón; Orlay Darío Rodríguez Mesa; Neftaly Olarte; Lucila Sandoval de Mesa; Carlos Orlay Mesa Sandoval; José Mesías Mesa Sandoval; Andrés Felipe Sanabria Ovallos; Diana Carolina Jaramillo Vega; Natalia Mesa Olarte; Elizabeth Mesa Sandoval; Juan Felipe Vega Mesa; Alexandra Mesa Sandoval; Orlando Vega Fernandez; Edna Elizabeth Vega Mesa; Zoraida Olarte Garzón; Luz Asceneth Rodríguez Mesa; Héctor Henán Giraldo Ramírez; Omar de Jesús Gómez Gómez; Juan Jaime Giraldo Mancí; Alex Fabian Marín Botero; Jeison Alexander Botero Jiménez; Neimar Manuel Molina Alfonso; William Ricardo Sandoval; Jeferdon Javier Giraldo Aristizábal; Yazmín Rocío Pomar Buitrago; José William Buitrago Gutiérrez; Julia Celia Torralba Murillo; Adelfa Patricia Trebilcock; José Ricardo Martínez; Siervo Guzmán Moreno; Edisson Javier Arévalo Simbaqueba; David Alexander Criollo Loaiza; Ángela Griselda Barrera Fajardo; Jorge E. Chacón Ariza; William Joya; Gloria Garavito; María Edilma Ocampo; Manuel Enrique Jiménez; José Honorio Contreras; Heydy M. Vargas O; María Leonor Rodríguez Blanco; Edgar Arley Ardila Cardozo; Fernando Vargas; Sandra Milena Arévalo

Parra; Nury Adriana Santana Ríos; Liliberth Alejandra Hernández Rincón; Aderia Kondo Saramoto; Héctor Julio Báez; Marisol Garavito; Julio E. Sandoval; Leidy Yineth López Raigosa; Francined Castro; José Daniel Salazar Zuluaga; Víctor H. Salazar Ramírez; Sandra Milena Beltrán; Sandra Milena García; Becsy Salcedo Guerrero; Arturo Aldana Cas; Julio Ernesto Parra Gómez; Santos (apellido Ilegible); Henry Raúl Cardozo Gutiérrez; y Rafael Darío Ariza Durán.

Vencido el término de fijación en lista, se recibieron un total de 743 escritos, coadyuvando asimismo la demanda de la referencia.

Por tratarse, en todos los casos, de un escrito de intervención ciudadana proforma, se procede a transcribir su contenido:

“1. La Ley 1762 de 2015 posee un vicio competencial, de relevancia constitucional, que debe conllevar su exclusión del ordenamiento jurídico en razón a que la misma por las materias que contiene, debe surtir el trámite y discusión en primer debate en las comisiones segundas constitucionales del Congreso y no en las comisiones primeras constitucionales, como se hizo en la citada ley.

2. El Capítulo I de esa ley 1762, y especialmente los artículos objeto de esta demanda, no sólo desconocen y violan el principio de debido proceso consagrado en el artículo 29 de la CP, sino que, esa garantía de que gozamos todos los ciudadanos de Colombia de no ser juzgados dos veces por los mismos hechos, es totalmente desconocido con este ordenamiento, en la medida que por el simple hecho de realizar o cometer los verbos rectores de que trata el punible de contrabando, esas mismas personas pueden eventualmente estar incurso en los delitos de (i) enriquecimiento ilícito; y (ii) lavado de activos, El que esté incurso en este último punible, estará igualmente incurso en una cualquiera de las modalidades delictivas inmersas en el lavado de activos, esto es en uno cualquiera de las (sic) 59 ilícitos subyacentes que surgen de dicha tipología punitiva. En razón a ello, esa persona estoy segura será investigada por esos mismos hechos por los delitos de (iii) concierto para delinquir; (iv) extinción de dominio; y (v) todos los demás ilícitos que eventualmente se contemplan y están relacionados con el lavado de activos. Ello constituye la violación flagrante del principio constitucional del non bis in idem, es decir, nadie puede ser juzgado ni condenado dos veces por los mismos hechos.

3. Como su fuera poco, se pretende con estas formas punitivas consagradas en el Capítulo I de la Ley 1762 de 2015, castigar en forma desproporcionada, injusta y hasta desbordada, a los simples cotereros, transportadores, arrendadores y distribuidores de mercancías que bajo el principio de la relación alguna de las penas que en la ley de justicia y paz el Congreso de la República y el Gobierno Nacional acordó y aprobó para paramilitares y grupos al margen de la ley que cometieron y realizaron delitos de lesa humanidad como genocidios, desapariciones forzadas, desplazamientos, secuestros, extorsiones, etc. Tampoco guarda relación ni proporción con lo que hoy las FARC piden como penas para ellos que han cometido esa misma clase de ilícitos.”

### 3.9. Federación Nacional de Departamentos (extemporánea)

El ciudadano Amilkar David Acosta Medina, actuando en su calidad de Director Ejecutivo y Representante Legal de la Federación Nacional de Departamentos, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte se declare inhibida para proferir un fallo de fondo, por inepta demanda.

### 3.10. Departamento de Derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia (extemporánea).

El ciudadano Julio Roberto Piza Rodríguez, actuando en su calidad de Director del Departamento de Derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015.

## 4. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto número 6008 del 17 de noviembre de 2015, le solicitó a la Corte: (i) estarse a lo resuelto en la sentencia que se profiera dentro del expediente D-10965, con relación a los cargos concernientes a la supuesta violación del principio de legalidad (tipicidad y taxatividad de la disposición) y a la condición de última ratio del derecho penal y la necesidad de la pena, por parte del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015; y (ii) declarar exequible el verbo rector “disimular”, del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados; y (iii) declararse inhibida para pronunciarse de fondo para fallar, en relación con las presuntas violaciones de los principios de razonabilidad e

igualdad.

Inicia por señalar algunas diferencias entre las figuras de la cosa juzgada y el agotamiento de jurisdicción. Mientras la primera ocurre cuando se presenta ante la jurisdicción una causa que ya ha sido resuelta, siendo ambas plenamente iguales en objeto, causa y partes, la segunda ocurre cuando un asunto con las mismas características es presentado en forma posterior a otro que se encuentra ya en trámite judicial, pero que aún no ha sido resuelto.

Comparando los contenidos de los procesos D-10965 y 10906 encuentra que se presenta una identidad de objeto y causa, toda vez que en uno y otro proceso se pretende la inconstitucionalidad de la misma norma y por idénticas razones.

No comparte la apreciación del demandante, según la cual el verbo rector “disimular” es ambiguo e impreciso. En efecto, se trata de una expresión que tiene un sentido muy claro, el cual se puede sintetizar en “hacer pasar algo por otra cosa que no es”.

Desde esta perspectiva, resulta adecuado con la técnica legislativa que se incluya un verbo en concreto para penalizar la conducta realizada por aquél que permite el control de las mercancías, pero tratando de engañar a la autoridad sobre la calidad o naturaleza de las mercancías, con el fin de no permitir el control sobre su cuantía real y defraudando así a la nación en el monto previsto en el tipo.

Existe además una conexión directa en el tipo penal, en el entendido de que el verbo rector disimular apunta a proteger los mismos bienes jurídicos tutelados mediante los verbos ocultar y sustraer.

Respecto al cargo de inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad considera que la Corte debe declararse inhibida.

Explica que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para establecer la dureza de las sanciones privativas de la libertad. Desde esa perspectiva, cuando se alega una presunta violación al principio de igualdad o a la proporcionalidad del quantum punitivo, el actor debe ofrecer una fuerte carga argumentativa que permita al juez inferir las razones por las cuales resulta desproporcionado otorgar la misma drasticidad sancionatoria a la conducta demandada, en relación con otras que, teniendo penas similares, resultan

ser sustancialmente más graves o más leves.

En el caso concreto, el demandante se limitó a señalar que la conducta de contrabando fue indebidamente sancionada en razón de que la pena resultó equivalente a la impuesta por otros delitos, como el concierto para delinquir o el lavado de activos, sin exponer las razones por las cuales existe una diferencia razonable en los bienes jurídicamente amparados.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia de la Corte

### 2. Cuestión previa: examen de la aptitud de la demanda.

El ciudadano Sigifredo Castro Duque solicitó a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de los artículos 1, 4, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015, por violar el artículo 29 Superior, el principio de la buena fe, la libertad de empresa, los principios constitucionales de “unidad de materia, igualdad y proporcionalidad” y por cuanto “el legislativo al decretar esta ley sobrepasó el mandato constitucional estatuido en el numeral primero del artículo 251”.

El Despacho, mediante auto del 19 de agosto de 2015, rechazó parcialmente la demanda, en relación con los artículos 1, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015. Al mismo tiempo, aquélla fue admitida respecto al artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por los cargos de inconstitucionalidad referentes a la violación de los principios de: (i) tipicidad; (ii) taxatividad; (iii) razonabilidad y (iv) igualdad.

Presentada la corrección de la demanda, mediante auto del 24 de agosto de 2015, el Despacho la rechazó, decisión que en sede de súplica fue confirmada por Auto de Sala Plena número 425 del 16 de septiembre de 2015.

En relación con el planteamiento de uno o varios cargos de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, las opiniones de los intervinientes se encuentran divididas: unos sostienen que se configuraron tres cargos (violaciones a los principios de taxatividad y legalidad penales; razonabilidad e igualdad); otros – la mayoría incluida la Vista Fiscal – consideran que la acusación por violación al principio de igualdad se



encuentra indebidamente estructurada; en tanto que algunos son de la opinión que no se logró plantear ningún cargo de inconstitucionalidad.

Entra la Corte a verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad.

## 2.1. Requisitos mínimos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad.

El ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma legal determinada debe señalar con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Estos son los tres elementos desarrollados en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, que hacen posible una decisión de fondo por parte de este Tribunal Constitucional.

Para que realmente exista en la demanda una imputación o un cargo de inconstitucionalidad, es indispensable que los argumentos planteados en la misma permitan efectuar a la Corte Constitucional una verdadera confrontación entre la norma acusada y la disposición constitucional supuestamente vulnerada.

El artículo 2° del Decreto mencionado en precedencia, consigna los requisitos que debe contener toda demanda de inconstitucionalidad, uno de los cuales es el contemplado en el numeral tercero de la citada disposición, a saber: el señalamiento de las razones por las cuales las normas constitucionales invocadas se estiman violadas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta exigencia, en el sentido de advertir que si bien es cierto la acción pública de inconstitucionalidad no está sometida a mayores rigorismos y debe prevalecer la informalidad[1], deben existir requisitos y contenidos mínimos en la demanda que permitan a la Corte Constitucional la realización satisfactoria del examen de constitucionalidad, es decir, el libelo acusatorio debe ser susceptible de generar una verdadera controversia constitucional.

Por ello, esta Corporación ha interpretado el alcance de las condiciones materiales que debe cumplir la demanda de inconstitucionalidad y ha sistematizado, sin caer en formalismos técnicos, incompatibles con la naturaleza popular y ciudadana de la acción de inconstitucionalidad, que los cargos formulados por la demandante deben ser claros,

ciertos, específicos, pertinentes y suficientes[2]. Esto significa que la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además, el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no solo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada (suficiencia).

## 2.2. Argumentos de la demanda y precisión del cargo de inconstitucionalidad.

En relación con el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por el cual se modifica el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, referente al tipo penal de contrabando, el demandante alega que el verbo rector “disimular” es de carácter subjetivo, y en esa medida, vulnera el principio de tipicidad penal.

En el mismo sentido, señala que: “la norma no cumple con el principio de taxatividad, pues señala una descripción tan amplia y ambigua que no permite definir el supuesto de hecho, pues no establece la relación de esta conducta punible, con la comercialización, sin que pudiera señalarse con certeza, por ejemplo, que exista un nexo entre las tablas de referencia y las barreras económicas para importar”.

Y más adelante indica:

“demando la inconstitucionalidad de este artículo porque el verbo disimular es subjetivo frente a cualquier conducta penal no se da ni siquiera como tipicidad penal la simulación en cuanto a bienes en los incumplimientos de obligaciones económicas o patrimoniales. Por tanto, los verbos “oculte” o “disimule” deberían ser inaplicables especialmente en las ciudades al interior del país, especialmente porque las mercancías que han logrado llegar a las ciudades al haber ingresado por nuestras fronteras corresponden al monitoreo y control del Estado, y las debilidades e incapacidades para ejercer en fronteras ese control no puede ser trasladado a los pequeños comerciantes en todo el país, cuando ni siquiera a ellos se les permite de manera sencilla, el registro de un perfume o un licor”.

Invoca asimismo un desconocimiento del principio de razonabilidad penal, que “exige que el

Estado utilice de manera racional las conductas punibles que trae el Código Penal que permiten sancionar de manera estricta a quienes comercializan elementos de contrabando, tales como los delitos de favorecimiento, receptación concierto para delinquir y lavado de activos, pero no utilizar el derecho penal como una herramienta simbólica frente a comportamientos que ya puede reprimir sin necesidad de desconocer las garantías de terceros que no tienen relación con la conducta punible”.

Alega asimismo que el artículo demandado:

“viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, puesto que no siempre las posibilidades de incurrir en la conducta tipificada, necesariamente conllevan un reproche social que amerite una sanción de carácter penal, como ocurre respecto de quienes participan en LAVADO DE ACTIVOS, TERRORISMO. Y la sanción contenida en la disposición cuestionada, resulta un exceso punitivo que vulnera la orientación constitucional que para el derecho penal ha previsto la carta”.

De igual manera, explica que el legislador incurrió en un “exceso punitivo”, al prever unas penas para el contrabando similares a aquellas vigentes para los delitos de lavado de activos y terrorismo (principio de igualdad). En palabras del ciudadano:

“necesariamente debemos afirmar que el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la CP ha sido desconocido o violentado con dicha normatividad acá demandada, ya que los pequeños comerciantes de nuestro país, que pagan impuestos, que están contribuyendo tributariamente, que se encuentran inscritos en las cámaras de comercio de nuestro país, son tratados en forma diferente y peyorizados como narco contrabandistas, tal cual lo ha afirmado el Ministro de Hacienda y el Director de la Dian por los medios masivos de comunicación; no de otra manera se puede entender la protección del Estado hacia aquellas personas que por su condición económica-pequeños comerciantes- se ven hoy sometidos, dominados, aterrorizados, a ser condenados posiblemente por tres delitos, por el simple hecho de distribuir productos o mercancías, que ellos no han introducido ni transportado pero que son su forma de subsistencia económica y la de toda su familia”.

La Corte considera que el demandante logró estructurar dos cargos de inconstitucionalidad (violación a los principios de legalidad penal y razonabilidad de la medida), en tanto que no se configuró el cargo de violación al derecho a la igualdad.

En relación con la vulneración a los principios de legalidad y razonabilidad, si bien la argumentación esgrimida por el ciudadano resulta ser muy elemental, no por ello incumple los requisitos mínimos que certeza, claridad, suficiencia, especificidad y pertinencia.

El cumplimiento de la certeza se verifica, ya que la acusación recae verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada, en la medida en que, en los términos de la jurisprudencia constitucional, el legislador viola el artículo 29 Superior cuando quiera que, al momento de tipificar un delito, emplea palabras ambiguas o imprecisas, tal y como alega el demandante que sucede con el término “disimular” del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015. Otro tanto sucede cuando el legislador desconoce el principio de razonabilidad, como por ejemplo, cuando la tipificación de una conducta no responde a la protección de determinado bien jurídico. En tal sentido, el ciudadano alega que no se puede comparar la reprochabilidad de la conducta de contrabando –realizada por pequeños comerciantes– con aquellas del concierto para delinquir o el lavado de activos.

Se cumple asimismo con el requisito de claridad, en la medida en que los argumentos planteados por el ciudadano, son comprensibles. Con facilidad se entiende que el actor alega que el verbo rector “disimular” resulta ser oscuro y ambiguo, y en esa medida, desconoce el principio de legalidad penal. Se entiende igualmente que el demandante alega que el legislador desconoció el principio de razonabilidad, en cuanto incurrió en un exceso punitivo.

El ciudadano cumplió asimismo con el requisito de suficiencia, toda vez que los argumentos esgrimidos suscitan una duda mínima[3] de constitucionalidad en relación con el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015.

De igual manera, la demanda satisface el requisito de especificidad, en la medida en que evidencia la existencia de una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la norma legal y el texto de la Constitución Política. En efecto, el ciudadano muestra la existencia de una posible contradicción entre el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015 y el artículo 29 Superior, en punto al respeto por los principios de legalidad y razonabilidad penales.

Así mismo, el cargo es pertinente, como quiera que se sustenta en argumentos de naturaleza constitucional y se refieren al contenido normativo de las disposiciones

demandadas.

Por el contrario, el ciudadano no logró configurar un cargo de inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad, por las razones que pasan a explicarse.

La Corte ha señalado que la estructuración de una acusación por violación al artículo 13 Superior debe cumplir las siguientes condiciones:

“Este requisito en la elaboración del cargo se torna en este caso particularmente exigente, en la medida en que, al tener el juicio de igualdad un carácter eminentemente relacional no basta simplemente con señalar que se presenta un trato dispar entre dos (2) sujetos, sino que es indispensable precisar si efectivamente existe: (i) Un tratamiento igual a dos sujetos puestos en distintas situaciones o, a contrario sensu, (ii) un tratamiento desigual a dos sujetos puestos en iguales condiciones. De suerte que, ‘la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo’”[4].

En el caso concreto, el demandante alega que el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015 vulnera el principio de igualdad, en la medida en que “los pequeños comerciantes”, son tratados como “narco contrabandistas”. Alega asimismo que aquéllos terminarán siendo condenados por tres delitos (contrabando, lavado de activos y concierto para delinquir).

El cargo planteado carece de certeza, ya que el demandante no demuestra la existencia de una contradicción real entre el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015 y el artículo 13 Superior. En efecto, no basta con afirmar que el legislador está discriminando a determinado grupo poblacional, como es el caso de los pequeños comerciantes, en la medida en que impone unas penas para el contrabando similares a las aplicadas para conductas tan graves como el lavado de activos y el concierto para delinquir.

En tal sentido, el ciudadano tenía que cumplir con la carga mínima de demostrar: (i) la existencia de un *tertium comparationis*; (ii) la presencia de un trato diferente entre grupos poblacionales que admiten ser comparados; y (iii) la ausencia de una finalidad constitucional perseguida con el tratamiento diverso.

De igual manera, el cargo incumple el requisito de claridad, ya que el demandante parece alegar un tratamiento punitivo discriminatorio, al cual se estarían sometiendo a los pequeños comerciantes, y al mismo tiempo, invoca una supuesta penalización triple de una misma conducta delictiva.

El cargo adolece asimismo de suficiencia, en la medida en que la argumentación planteada no logra suscitar, al menos, una duda sobre la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, en punto a la violación al principio de igualdad.

Se incumple asimismo el requisito de pertinencia, por cuanto los razonamientos del ciudadano resultan ser de carácter meramente subjetivo, ya que le parece “injusto” el tratamiento que el legislador ha acordado a los pequeños comerciantes, sin plantear realmente argumentos de naturaleza constitucional.

En este orden de ideas, los cargos de inconstitucionalidad que se analizarán son los siguientes:

- El legislador violó el principio de legalidad penal (art. 29 Superior), en la medida en que, al momento de tipificar el delito de contrabando empleó, entre otros verbos rectores, aquel de “disimular”, el cual resulta ser vago e indeterminado.
- La tipificación que trae la Ley 1762 de 2015 del delito de contrabando, vulnera el principio de razonabilidad, ya que determinadas conductas allí descritas no merecen un reproche penal similar al que tienen los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir.

Tomando en consideración que la Corte Constitucional, en sentencia C-191 de 2016, del 20 de abril de 2016 declaró “exequibles los apartes demandados del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados”, es preciso analizar la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

### 3.1.Fundamentos y evolución jurisprudencial

De conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política, las decisiones que adopte esta Corte en ejercicio de la acción de control de constitucionalidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y en coherencia con lo anterior, los artículos

48 de la Ley 270 de 1996[5] y 21 del Decreto 2067 de 1991[6], así lo establecen.

Según la jurisprudencia constitucional, en virtud de los efectos de cosa juzgada los fallos de la Corte tienen fuerza vinculante y carácter inmutable[7], lo cual brinda seguridad jurídica, se garantiza la efectiva aplicación de los principios de igualdad y da consistencia a las decisiones de esta Corporación. La existencia de cosa juzgada genera la prohibición de volver a estudiar un determinado contenido normativo frente al mismo cargo constitucional ya examinado y la consecuente obligación de estarse a lo resuelto[8]. Este efecto se produce en virtud de una sentencia que declara la exequibilidad, así como en aquella que decide que la disposición es inexecutable[9].

Existe cosa juzgada cuando concurren dos elementos: (i) que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de una proposición jurídica ya analizada en una sentencia anterior; y (ii) que se presenten las mismas razones o cuestionamientos (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), analizados en ese fallo antecedente[10].

Sobre las categorías de la cosa juzgada constitucional y los supuestos en los cuales no se configura, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación[11] en señalar que:

“La Corte ha explicado que existe cosa juzgada absoluta, ‘cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional’[12].

Por su parte, la cosa constitucional relativa se presenta ‘cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado’[13].

La doctrina constitucional ha previsto tres (3) excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional[14]:

a. La cosa juzgada relativa implícita, frente a la cual esta Corporación ha señalado: ‘Puede suceder que la Corte haya declarado la exequibilidad de una disposición legal solamente

desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia'[15].

b. La cosa juzgada aparente, que se presenta 'si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales'[16].

c. Por su parte, la doctrina de la Constitución viviente consiste en 'una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma'[17]."

3.2. Operancia del fenómeno de la cosa juzgada respecto al artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, en lo atinente al cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de legalidad

La existencia de cosa juzgada en materia de control abstracto constitucional implica que, en los casos en que la Corte ha declarado la constitucionalidad de la norma, no puede volverse a suscitarse un debate por el mismo cargo, salvo que el parámetro de constitucionalidad, es decir, el fundamento a partir del cual se determinó la exequibilidad de la norma haya sido modificado o eliminado, supuesto en que crea un nuevo contexto jurídico a partir del cual es necesario volver a examinar la disposición legal cuestionada.



Para establecer la existencia de cosa juzgada constitucional es preciso determinar:

a- Si la norma demandada es la misma que fue objeto de juzgamiento en una oportunidad precedente;

b- Si los cargos planteados en la demanda coinciden con los examinados en la sentencia anterior, y

c- Si el parámetro de constitucionalidad se ha alterado o no.

a- Identidad de las normas demandadas:

Advierte la Sala que mediante sentencia C-191 de 2016 esta Corte se pronunció frente a la demanda D- 10965 formulada, entre otras normas, contra el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, que corresponde al mismo enunciado normativo que en esta oportunidad acusa el ciudadano Sigifredo Castro Duque.

b- Identidad de los cargos:

En la sentencia C-191 de 2016 la Corte analizó los siguientes problemas jurídicos:

“Primero: ¿El legislador excedió los límites constitucionales al ejercicio del ius puniendi del Estado, al tipificar los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos?

Segundo: ¿Desconoce el derecho al debido proceso, previsto en los artículos 29 y 34 de la Constitución Política, relativos a los derechos a la defensa y a la contradicción y al juez natural de la extinción de dominio, el decomiso de bienes por evasión del impuesto al consumo, o de los medios de transporte utilizados para realizar actos tipificados como contrabando o de los medios de transporte adaptados para ocultar mercancías?”

A efectos de resolver los anteriores interrogantes, la Corte examinó la alegada vulneración del principio de legalidad, en relación con el delito de contrabando, en los siguientes términos:

“En cuanto a verbos rectores

En este asunto, los cargos apuntan a demostrar que los verbos utilizados por el legislador para describir los hechos punibles son vagos e imprecisos y, por consiguiente, no satisfacen el mandato de legalidad, en su componente de tipicidad.

Respecto del delito de contrabando, el legislador lo describe como el hecho de introducir o extraer mercancías al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados u ocultar, disimular o sustraer mercancías de la intervención y control aduanero o ingresar mercancía a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la regulación aduanera.

Respecto del delito del delito de lavado de activos, el legislador lo describe como el hecho de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen en los delitos subyacentes enlistados o dar a dichos bienes apariencia de legalidad o legalizar, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito.

Los verbos utilizados por estos delitos no son ingredientes normativos del tipo, en cuanto no existe una norma constitucional, legal o administrativa que precise el sentido de dichas expresiones[18]. Se trata de formas verbales cuya interpretación debe ser la usual a partir de la búsqueda de su semántica. Esto cumple la función de límite a la libertad, en cuanto se trata de expresiones corrientes, accesibles a la comprensión de todas las personas y no solamente del juez, lo que permite que las personas tengan conciencia de los límites penales a su actuación. Este método de interpretación lógica, pero restrictiva, es el que garantiza la exclusión de la arbitrariedad, lo que ocurriría con interpretaciones extensivas, teleológicas o analógicas, contrarias al principio de legalidad. En tratándose de restricciones a la libertad, una interpretación restrictiva de sus límites es la única constitucionalmente válida. Ahora bien, luego de un análisis semántico de las expresiones verbales utilizadas, esta Corte concluye que no son oscuras, pero no es función de este Tribunal entrar a definir las una a una, porque correría el riesgo de desbordar su competencia o bien respecto de la configuración de la ley o bien, respecto de la función del juez quien, en cada caso concreto, deberá interpretarlas de manera razonable, motivada en los precedentes horizontales y verticales, luego de haber sometido la interpretación al debate propio del debido proceso, que conduce a la adecuación definitiva de los hechos a las normas. En esta

medida, los verbos rectores utilizados por el legislador, radican en el operador jurídico, fiscal y juez penal, un grado admisible de discrecionalidad, que no de arbitrariedad y, por lo tanto, satisfacen las exigencias constitucionales de tipicidad”.

Obsérvese la existencia de una identidad entre el cargo de inconstitucionalidad examinado por la Corte en sentencia C-191 de 2016, respecto del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, con aquel planteados por el ciudadano Sigifredo Castro Duque.

c- El parámetro de constitucionalidad no se ha alterado.

El contenido de los preceptos constitucionales con base en los cuales se abordó el análisis de la expresión cuestionada en la sentencia C-191 de 2016 no se ha alterado, por lo cual las consideraciones bajo las cuales se declaró la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación del principio de legalidad, mantiene vigencia, lo cual impide un nuevo pronunciamiento por existir cosa juzgada constitucional.

Por lo anterior, la Corte declarará estarse a la resuelto en la sentencia C-191 de 2016, en relación con el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación del principio de legalidad.

### 3.2. Análisis del cargo de inconstitucional por violación del principio de razonabilidad, en relación con el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015

El ciudadano Sigifredo Castro Duque solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por violación del principio de razonabilidad, ya que determinadas conductas allí descritas no merecen un reproche penal similar al que tienen los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir.

Con el propósito de analizar el cargo de inconstitucionalidad, la Corte: (i) analizará brevemente los propósitos perseguidos con la aprobación de la Ley 1762 de 2015; (ii) referirá los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de contrabando; (iii) examinará el margen de configuración y los límites constitucionales que tiene el Congreso de la República en materia de tipificación de delitos; (iv) analizará el principio de razonabilidad en materia penal; y (v) resolverá el cargo de inconstitucionalidad.

#### 3.2.1. Los propósitos perseguidos con la aprobación de la Ley 1762 de 2015

Los objetivos propuestos por el Gobierno Nacional con la expedición de la Ley 1762 de 2015 fueron los siguientes: (i) fortalecer la capacidad del Estado para investigar, controlar y castigar determinadas conductas; (ii) generar incentivos para desmotivar la comisión de ciertos crímenes; (iii) crear un sistema normativo encaminado a la protección de la industria nacional de la competencia desleal generada por el contrabando y otros delitos; (iv) atacar ciertos comportamientos relacionados con las conductas perseguidas, tales como el lavado de activos, el terrorismo y el crimen organizado; y (v) bloquear las fuentes de financiamiento de los grupos armados ilegales o delincuenciales, cuyo accionar atenta contra la seguridad del Estado y de los ciudadanos.[19]

En relación con las causas del problema del contrabando y otras conductas, en el texto del Proyecto de Ley 94 de 2013, se identifican las siguientes:

- Falta de oportunidades. Según el Departamento Nacional de Estadísticas DANE, en algunas regiones del país, las tasas de desempleo superan los dos dígitos: Guajira (10.9%); Cesar (11.6%); Norte de Santander (15.4%); Arauca (10.8%); Antioquia (12.2%); Valle del Cauca (15.4 %); Chocó (18.6%); Nariño (13.5%) y Putumayo (10.8%). Así mismo, los índices de desarrollo humano (vida larga y saludable, educación, etcétera), para esos Departamentos, en donde un puntaje por encima de 0.8 es alto, entre 0.5 y 0.79 es medio, y por debajo de 0.5 es bajo, son: Guajira (0.691%); Cesar (0.810%); Norte de Santander (0.796%); Arauca (0.804); Antioquia (0.849%); Valle del Cauca (0.861%); Chocó (0.731%); Nariño (0.773 %) y Putumayo (0.759%).
- Cultura laxa frente a la ilegalidad. En muchas regiones del país, los ciudadanos son permisivos frente al contrabando, viéndolo como una forma de subsistencia.
- Presencia de intereses de organizaciones delictivas. Las organizaciones del crimen organizado, nacional y transnacional, son los principales actores de las conductas relacionadas con el contrabando, operando en distintos niveles y con diversa intensidad en ciertas regiones del país. Sus actividades están relacionadas con el narcotráfico y el blanqueo de capitales.
- Posibilidad de lucro fácil. El lucro fácil se deriva del aprovechamiento ilegal del diferencial de la tasa de cambio o de la captura de subsidios, de los ahorros provenientes de una declaración de importación con información falsa, o por la ausencia de pago de los

aranceles.

En relación con los tipos penales, en el proyecto de ley se explica que los vigentes no comprenden todas las nuevas modalidades empleadas por las organizaciones criminales. En otras palabras, “la norma penal sustantiva, que viene de 1997, con algunas modificaciones, no cumple con ningún efecto motivador o disuasivo de la sociedad, en la medida en que, mirada en su conjunto no logra afectar el patrimonio de los presuntos autores ni logra efectivas privaciones de la libertad”.

### 3.2.2. Pronunciamientos de la Corte en materia de contrabando

En materia de contrabando, la Corte ha proferido diversos fallos sobre distintos aspectos relacionados con la criminalización de dicha conducta:

En Sentencia C- 549 de 1992, la Corte examinó si el Presidente de la República, mediante la expedición del Decreto Ley 1750 de 1991, había rebasado las facultades extraordinarias que al efecto le confirió el Congreso mediante la Ley 49 de 1990. Lo anterior por cuanto el Presidente no habría sido autorizado para que, una vez eliminado el carácter de delitos de las conductas tipificadas como tales en el Estatuto Penal Aduanero, transmutarlas en infracciones de índole administrativo ni imponer las correspondientes sanciones.

El Tribunal Constitucional consideró que el Ejecutivo no había incurrido en exceso en el uso de las facultades extraordinarias de la Ley 49 de 1990, y en consecuencia, declaró exequibles los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 10o., 11, 12, 13, 14, y 17 del Decreto Ley 1750 de 1991 “Por el cual se ejercen facultades extraordinarias en materia penal aduanera”.

El segundo problema analizado versó sobre si violaba el derecho al debido proceso una disposición legal según la cual las pruebas practicadas con ocasión de las actuaciones previas al decomiso de las mercancías, no debían ser repetidas, e igualmente apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica. La respuesta también fue negativa:

“Estima la Sala que el artículo 9o. no infringe el artículo 29 de la Constitución, pues la afirmación que hace el demandante de que las pruebas a que se refiere dicho texto se practiquen sin intervención del interesado, no está comprendida dentro de ese artículo

que está dedicado a definir la forma como han de valorarse las pruebas practicadas “con ocasión de las actuaciones previas al decomiso de las mercancías”. Mas si es inexequible la expresión “no se repetirán”, referida a las pruebas en cuestión, porque ello privará a las personas comprometidas en infracciones administrativas aduaneras, de la posibilidad de controvertir y enmendar a su favor pruebas irregularmente producidas en su contra, con lo cual se contraviene el derecho al debido proceso contemplado en dicho texto constitucional que garantiza a todo sindicado o investigado su derecho de defensa que incluye el derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

La sentencia C- 549 de 1992 es importante por cuanto: (i) evidencia la existencia de un viraje que se produjo en un momento histórico determinado en la política criminal del Estado colombiano, en el sentido de despenalizar el contrabando y perseguir dicha conducta mediante figuras propias del derecho administrativo sancionatorio (De allí que se hubiera desmontado la jurisdicción penal aduanera), y (ii) la Corte Constitucional fijó unas pautas al legislador referentes al diseño de un procedimiento administrativo sancionatorio aduanero, en especial, en lo atinente al ejercicio del derecho de defensa.

En Sentencia C- 194 de 1998, la Corte analizó los siguientes problemas jurídicos:

· ¿Se viola el principio non bis in idem por la existencia de una doble sanción, penal y administrativa, por la comisión del delito de contrabando? La respuesta fue negativa:

“resulta claro que la imposición de las multas, la aprehensión o el decomiso de las mercancías corresponden a un procedimiento administrativo, que por disposición del legislador, lo cual en ningún momento implica inmiscuirse en el proceso penal que pueda surgir como consecuencia de la situación fáctica descrita en los artículos sub examine.

Por el contrario, cuando de dicha conducta se deriva la comisión del delito de contrabando, por expreso mandato constitucional (artículo 116) y legal (artículos 15 y 16 de la Ley 383 de 1997), son los funcionarios judiciales quienes están investidos de la potestad de imponer la pena de prisión o arresto, previo el adelantamiento del respectivo proceso, que se inicia con la etapa de investigación y culmina con la expedición de la sentencia judicial.

De ahí que, el proceso administrativo es independiente del juicio penal, de manera que el trámite y decisión de uno y otro corresponden a autoridades diferentes. Por consiguiente,

frente a la configuración de los hechos punibles relacionados en las normas acusadas, el funcionario administrativo o la autoridad aduanera están en la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial (artículo 25 CPP.) para los efectos de imponer las sanciones penales a que haya lugar, mediante la sentencia respectiva.

· ¿La figura del decomiso aduanero configura una modalidad de extinción de dominio?. En este caso, también la respuesta fue negativa:

“el decomiso no se encuentra regulado por las previsiones contenidas en el artículo 34 constitucional, pues se trata de una determinación administrativa, de carácter inmediato, que adopta la autoridad correspondiente como consecuencia de las situaciones fácticas establecidas en las normas demandadas, que no son propias de la extinción del dominio, y en consecuencia, no requieren de una sentencia judicial, sin perjuicio del trámite del proceso penal por la actividad delictiva que ello genera.

A diferencia de lo anterior, la extinción del dominio consagrada en el artículo 34 de la Carta Política, así como la expropiación regulada en el artículo 58 ibídem, exigen para su declaratoria de un pronunciamiento judicial.

Finalmente y con fundamento en la jurisprudencia mencionada, el carácter de la extinción del dominio es preferentemente patrimonial y constituye una conducta independiente de la infracción penal, frente a los hechos punibles imputables a la persona; mientras que el decomiso es una medida inmediata de carácter administrativo que no requiere “del agotamiento de todo un proceso, precisamente por cuanto está concebido para servir a los fines del mismo”, en este caso, por expresa disposición del legislador ordinario (artículo 20 de la Ley 383 de 1997), dicha autoridad es la “Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o la entidad que haga sus veces”, sin perjuicio de la acción penal a que haya lugar frente a la comisión del hecho punible.

Por ello, la circunstancia de que la DIAN tenga legalmente la potestad de decomisar o determinar la aprehensión de la mercancía, no configura el desconocimiento del principio constitucional de la independencia judicial, toda vez que el proceso administrativo aduanero es diferente del jurisdiccional.”

· La tipificación del contrabando, viola los derechos al trabajo y a ejercer profesión u

oficio, así como a que se les presuma la buena fe de los comerciantes minoristas, al impedirles realizar sus actividades comerciales, al penalizar su ejercicio por distribuir mercancías adquiridas con desconocimiento de su origen, procedencia y legitimidad, y al suponer la culpabilidad del comerciante inculpado desconociendo la presunción de inocencia?. El cargo tampoco prosperó:

“estima la Corte que no se desconoce la presunción constitucional de la buena fe de los comerciantes minoristas, por cuanto se trata de conductas que no son susceptibles de encausarse a título de culpa o preterintención; es necesario que el sujeto activo consciente de la actividad ilícita, quiera su realización. Los comportamientos sancionados en los preceptos atacados son inequívocos y los comerciantes conocen los límites dentro de los cuales su actuación es permitida. Y la ley no está presumiendo la mala fe de estos, pues existen los medios y se dan las circunstancias para aplicar las sanciones previstas en las disposiciones sub-examine, previo las garantías propias del debido proceso y del derecho de defensa.”

La sentencia C- 194 de 1998 es importante por cuanto: (i) se trata de un fallo que examina un cambio radical en la política criminal del Estado colombiano, en el sentido volver a tipificar el delito de contrabando y otras figuras relacionadas con el mismo (favorecimiento, defraudación a las rentas de aduana y favorecimiento por servidor público), mediante la expedición de la Ley 383 de 1997; (ii) a lo largo de la sentencia, la Corte examinó las relaciones existentes entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionatorio, en cabeza de la DIAN; y (iii) se fijaron unas pautas importantes para comprender la naturaleza jurídica del decomiso aduanero.

En Sentencia T-1130 de 2003, la Corte analizó el caso de unos decomisos de mercancías realizados por miembros del Ejército Nacional, adscritos al Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena”, en zona rural del corregimiento de Puerto López, municipio de Uribe, varios bienes. Para el actor, la incautación realizada por los integrantes del Batallón, quienes posteriormente pusieron las mercancías a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, vulneró el derecho al debido proceso, puesto que la región en que se efectuó el decomiso era una zona especial aduanera, lo que, a juicio del accionante, equivale a una zona de libre comercio, razón por la cual llevó a cabo el transporte de los productos convencido que no requería de ningún trámite de naturaleza



aduanera, ajustándose su actuación a los postulados de la buena fe. La Corte negó el amparo, por las siguientes razones:

“la Corte reitera la tesis de los derechos correlativos al ejercicio del comercio antes expuesta, según la cual el reconocimiento del derecho a la libertad económica, como el de los demás derechos fundamentales, supone la exigencia del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales. Este deber, además, se hace más exigente respecto al ejercicio de aquellas actividades que, como el comercio exterior, están reguladas por el ordenamiento, exigen ciertos requisitos para su práctica y se encuentran relacionadas con el interés general y el financiamiento de los fines estatales”.

(...)

“...la introducción ilegal de mercancía al territorio nacional afecta distintos postulados contenidos en la Carta Política, entre ellos la libertad económica y la protección de los ingresos destinados al cumplimiento de los fines estatales. Por esta razón y amén de los requisitos que la ley impone para el ejercicio de la actividad mercantil, no resulta razonable que personas que se denominan a sí mismas como comerciantes y manifiestan que se han dedicado a dichas labores por varios años, invoquen el principio de buena fe y la libertad de trabajo para excusarse del cumplimiento de las disposiciones que regulan el comercio exterior y, en consecuencia, competir deslealmente en contra del interés común y el de los demás agentes que concurren al mercado. Por lo tanto, el argumento expuesto por los distintos accionantes para justificar su quebrantamiento de las reglas de derecho que impone el estatuto aduanero es inadmisibile.”

La sentencia T- 1130 de 2003 es relevante por cuanto: (i) analiza la tensión que puede presentarse entre un principio constitucional (preservación de la identidad cultura indígena) y un bien jurídicamente amparado (orden económico); y (ii) examina el contenido del deber constitucional de tributar.

En providencia C-776 de 2003, la Corte examinó si se violaba el principio de unidad de materia, si en el texto de una reforma tributaria se tipificaban algunos delitos aduaneros. La respuesta fue negativa:

“Ahora bien, en esta oportunidad se observa que los artículos acusados tienen relación con

el título de la Ley 788 de 2002 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”, tal como lo dispone el artículo 169 de la Carta)

También se constata una relación sistemática y teleológica entre las normas acusadas y el estatuto normativo al cual pertenecen. Así lo puso de presente la Corte en otra oportunidad, cuando al conocer de un problema jurídico similar al que se estudia en el presente proceso, señaló que “las normas acusadas consagran una serie de instrumentos de orden tributario y aduanero, a través de los cuales se busca erradicar, o al menos disminuir, los fenómenos de la evasión y el contrabando. Tal y como lo han reconocido la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, la evasión y el contrabando constituyen un flagelo que atenta en forma ostensible contra el orden público económico y social justo, la convivencia pacífica, en perjuicio del tesoro público y las finanzas del Estado; por ello, la necesidad de adoptar medidas de carácter tributario, tales como sanciones, multas, etc., mientras que la actividad ilícita del contrabando se combate con mecanismos aduaneros como el decomiso o la retención de la mercancía, los cuales buscan evitar, o al menos hacer más difícil el ingreso al territorio nacional de bienes en forma ilegal e ilícita. [...] No sobra reiterar aquí lo expresado por la Corte al precisar que, en relación con la unidad de materia, lo relevante es la identidad sustancial del tema objeto de legislación y la ya anotada correspondencia entre el articulado y el título de la ley.”

La Corte en sentencia C-639 de 2010, la Corte examinó la constitucionalidad de ciertas medidas adoptadas en el contexto de la lucha contra el contrabando, tales como la prohibición de vender cigarrillos por unidad. El problema jurídico a resolver consistió en determinar si el legislador había vulnerado el principio de solidaridad en relación con los vendedores ambulantes, al establecer la prohibición de vender cigarrillos por unidad? El cargo no prosperó, por las siguientes razones:

“En relación con la segunda consecuencia presuntamente inconstitucional de la supuesta falta de proporcionalidad de la prohibición demandada, la actora asevera que para afectar la ventas, luego el derecho al mínimo vital y el principio de solidaridad respecto de la población de vendedores ambulantes con la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, esta prohibición debería producir efectos directos de prevención y disminución del consumo de tabaco, y en esa medida el sacrificio de dichos derechos valdría la pena en consideración

de aquello tan valioso que se consigue respecto del consumo (prevención y disminución). Y, -continúa- como no existen tales efectos en la prevención y disminución del consumo, entonces la vulneración del mínimo vital y del principio de solidaridad es injustificada, por lo cual la medida es inconstitucional por sacrificar injustificadamente los mencionados derechos constitucionales”.

La sentencia C-639 de 2010 es relevante por cuanto: (i) explica la metodología empleada por el juez constitucional en materia de medidas de intervención en los procesos de comercialización de productos, que en muchas ocasiones ingresan al país de contrabando, tales como el cigarrillo; (ii) establece unos criterios claros en relación con los límites al ejercicio de la libertad de empresa; y (iii) contextualiza una controversia constitucional puntual, en todo un debate internacional en relación con las políticas públicas antitabaco.

Más recientemente, la Corte en Sentencia C-191 de 2016, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 1762 de 2015, “Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”. Las decisiones de la Corte fueron las siguientes:

“Primero.- Declarar EXEQUIBLES los incisos primero, segundo y tercero del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por lo cargos analizados.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 6º de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “por cualquier medio” contenida en el artículo 8º de la Ley 1762 de 2015.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados del inciso primero del artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados, salvo la expresión “o realice cualquier otro acto para encubrir su origen ilícito” prevista en la misma norma, la cual se declara INEXEQUIBLE.

Quinto.-Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, los apartes demandados de los artículos 14 y 15 de la Ley 1762 de 2015.

Sexto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos

analizados.”

Después de confrontar los tipos penales enunciados con los límites constitucionales que tiene el margen de configuración legislativa en materia penal, la Corte concluyó que los incisos primero, segundo y tercero del artículo 4º, el artículo 6º y la expresión “por cualquier medio” del artículo 8º de la Ley 1762 de 2015, respetan el principio de necesidad de las penas que exige lesividad, subsidiariedad y carácter última ratio de la intervención penal. A su juicio, la tipificación de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y fraude aduanero, resulta de una política criminal que ha mostrado el recurso paralelo como insuficiente y que medidas de otro tipo frente a la gravedad de los atentados a bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, exigen una respuesta más contundente de tipo penal.

Contrario a lo que plantearon los demandantes, el Tribunal Constitucional determinó que la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando no configura una restricción desproporcionada de la libertad económica. Aplicado el test de razonabilidad y proporcionalidad, concluyó que la libertad económica no es absoluta y que las finalidades de la norma son válidas desde el punto de vista constitucional, en cuanto pretenden proteger el orden público económico. Además, consideró que el instrumento penal es adecuado para determinar un límite razonable a la libertad económica que consiste en la legalidad de la actividad.

Así mismo, la Corte estableció que el legislador no desconoció el principio de legalidad de los delitos y de las penas al fijar los verbos rectores de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, en la medida en que dichas expresiones verbales no son vagas e imprecisas, sino que deben ser entendidas en su sentido semántico usual. Sin embargo, en relación con la expresión “realice cualquier otro acto” prevista en la tipificación del lavado de activos, la Corte procedió a declararla inexecutable por tratarse de una disposición indeterminada que desconoce el principio de legalidad estricta que exige la tipificación de las conductas punibles, como quiera que el legislador no puede dejar en cabeza del fiscal y del juez penal la identificación de nuevas conductas que puedan encuadrar en ese delito. La apertura a comportamientos reprochables no definidos por el legislador, resulta contraria al principio de legalidad en su componente de ley cierta.

De otra parte, la Corte determinó que la expresión “valor aduanero” uno de los elementos del delito de contrabando, no desconoce el mandato de tipicidad, toda vez que este ingrediente normativo se completa con la remisión que la ley hace a normas precisas que permiten determinar dicho valor respecto de las mercancías. De igual modo, la expresión “por cualquier medio” prevista en la descripción del delito de fraude aduanero, no vulnera la exigencia de tipicidad de la conducta punible, por cuanto los verbos rectores se encuentran claramente delimitados y su establecimiento solamente pretende precisar que resulta indiferentes los medios utilizados para suministrar información falsa, manipularla u ocultarla cuando sea requerida por la autoridad aduanera o cuando se esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de los tributos, derechos o gravámenes aduaneros en las cuantías establecidas en el mismo artículo demandado.

Así mismo, a juicio de la Corporación, la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación de contrabando no contraría el principio de confianza legítima, ya que las autoridades colombianas de manera coherente, sistemática y permanente despliegan, desde hace mucho tiempo, actividades tanto de control, como de persecución, tendientes a combatir la actividad del contrabando. Observó, que la confianza legítima sólo protege convicciones basadas en la buena fe, lo que es contrario al elemento doloso que se exige en la realización de estas conductas.

### 3.2.3. Margen de configuración y límites al legislador en materia de tipificación de delitos

El legislador cuenta con un amplio margen de configuración de tipos penales, en tanto que instrumentos de materialización de una determinada política criminal. El fundamento constitucional de esta competencia se encuentra en los artículos 2º (deber de protección de derechos fundamentales y de otros bienes jurídicos amparables) y 150 de la Carta Política (cláusula general normativa del Congreso de la República).

En virtud de tales competencias, el legislador se encuentra habilitado para: (i) erigir determinada conducta en delito; (ii) despenalizar ciertos comportamientos que ya no se consideran lesivos para el Estado y la sociedad; (iii) diseñar causales de agravación o atenuación; (iv) establecer un catálogo de penas a imponer; y (v) determinar el quantum de las diversas penas privativas de la libertad individual.

La Corte, en diversas ocasiones, ha señalado los diversos límites constitucionales que tiene el legislador al momento de tipificar delitos.

En líneas generales, la jurisprudencia constitucional ha apuntado a señalar que los derechos fundamentales de los asociados configuran un límite a la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial, así como los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, se erigen en límites materiales para el ejercicio de tales competencias. Estos criterios se aplican en la estructuración de un determinado tipo penal, así como al momento de señalar el quantum de la pena a imponer.

#### 3.2.4. El principio de razonabilidad penal

La Corte ha sostenido que la selección de los bienes jurídicos que merecen ser amparados penalmente, al igual que la determinación de la pena a imponer por la realización de una conducta delictiva, hace parte de un conjunto de valoraciones que debe realizar el legislador, en el marco de una determinada política criminal, teniendo como límites los principios de razonabilidad y proporcionalidad[20].

Ha estimado asimismo la Corte que el legislador, al momento de ejercer su margen de configuración normativa en materia de tipificación de delitos, debe ponderar las finalidades de prevención y sanción del delito, con el respecto por los derechos fundamentales, en especial, la libertad individual y el derecho al debido proceso. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-247 de 2004, reiterada en fallo C- 334 de 2013, afirmó lo siguiente:

“Ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad. Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los

valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales”.

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha estimado que el principio de razonabilidad penal, entendido en términos de “prohibición de exceso punitivo”, juega un papel de primer orden en materia de fijación de los quantum punitivos:

“la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”[21].

El principio de razonabilidad penal también ha sido tomado en consideración al momento de examinar si determinados tratamientos punitivos diferenciados se ajustan a la Constitución. Lo anterior, por cuanto no basta con comparar las penas atribuidas a varios delitos, para concluir la existencia de una medida irrazonable o desproporcionada.[22]

### 3.2.5. Examen del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, en relación con el principio de razonabilidad penal

El demandante alega que la tipificación del delito de contrabando vulnera el principio de razonabilidad penal, en la medida en que está criminalizando una actividad económica desarrollada por miles de pequeños comerciantes en el país, equiparándolos con organizaciones dedicadas al narcotráfico y el blanqueo de capitales. La Corte no comparte tales conclusiones, por las siguientes razones:

El contrabando, desarrollado a gran escala, afecta gravemente al aparato productivo colombiano, en la medida en que los industriales y agricultores deben entrar a competir en condiciones de marcada desventaja, dado que sus productos deben ser vendidos a un mayor precio, debido a la respectiva carga tributaria asumida.

El impacto fiscal de las empresas que compiten legalmente es la reducción de la participación en el mercado, la disminución de sus utilidades, la pérdida de empleos, entre

otros.

Al mismo tiempo, el contrabando afecta gravemente las finanzas del Estado colombiano en dos niveles: nacional y departamental. La Nación deja de percibir importantes recursos, que deberían entrar a sus arcas, debido al pago de aranceles, impuesto de valor agregado y renta. A su vez, las entidades territoriales no recaudan recursos muy significativos, en especial, en productos tales como cigarrillos y licores, faltantes que terminan afectando el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales.

Adicionalmente, en ocasiones, las actividades de contrabando son utilizadas por estructuras del crimen organizado, vinculadas con el blanqueo de capitales.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que la tipificación del contrabando es acorde con el principio de razonabilidad penal, en la cuanto su tipificación: (i) no configura un exceso punitivo en relación con otras conductas delictivas como el narcotráfico y el lavado de activos; (ii) persigue la consecución de un fin legítimo, como lo es, la protección de diversos bienes jurídicos amparados, en especial, el orden económico y social, siendo además una medida idónea y necesaria para alcanzar tal propósito.

Así las cosas, el cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por desconocimiento del principio de razonabilidad, no está llamado a prosperar.

#### 4. Síntesis

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Sigifredo Castro Duque solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de los artículos 1, 4, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015, por violar el artículo 29 Superior, el principio de la buena fe, la libertad de empresa, los principios constitucionales de “unidad de materia, igualdad y proporcionalidad” y por cuanto “el legislativo al decretar esta ley sobrepasó el mandato constitucional estatuido en el numeral primero del artículo 251”.

El Magistrado Ponente, mediante auto del 6 de agosto de 2015 inadmitió parcialmente la demanda presentada por el ciudadano Sigifredo Castro Duque contra los artículos 1, 6, 8, 11, 12, 13, 16 parágrafo segundo, 50 y 52 de la Ley 1762 de 2015, y la admitió únicamente



por violación del artículo 4º de la misma normatividad, por los cargos de desconocimiento de los principios de tipicidad, razonabilidad e igualdad.

Revisadas las numerosas intervenciones ciudadanas presentadas, el concepto del señor Procurador General de la Nación, así como los requisitos mínimos exigidos en las demandas de inconstitucionalidad, la Corte considera que el demandante planteó los siguientes cargos:

- El legislador violó el principio de legalidad penal (art. 29 Superior), en la medida en que, al momento de tipificar el delito de contrabando empleó, entre otros verbos rectores, aquel de “disimular”, el cual resulta ser vago e indeterminado.
- La tipificación que trae la Ley 1762 de 2015 del delito de contrabando, vulnera el principio de razonabilidad, ya que determinadas conductas allí descritas no merecen un reproche penal similar al que tienen los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir.

La Corte se abstiene de hacer un pronunciamiento de fondo, ya que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en relación con el cargo de vulneración del principio de legalidad. En efecto, en sentencia C-191 de 2016 la Corte declaró exequible el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, “por los cargos analizados”, siendo uno de ellos la vulneración del principio de legalidad.

Se constató que: (i) existe identidad entre las normas acusadas; (ii) el cargo analizado coincide; y (iii) el parámetro constitucional no ha cambiado. Se cumplen, en consecuencia, los presupuestos de la cosa juzgada constitucional.

Por el contrario, en relación con el cargo de inconstitucionalidad dirigido contra el artículo 4º de la Ley 1762 de 2014, la Corte verificó la inoperancia del fenómeno de la cosa juzgada, en relación con el cargo de vulneración del principio de razonabilidad.

Luego de examinar: (i) los propósitos perseguidos con la aprobación de la Ley 1762 de 2015; (ii) los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de contrabando; (iii) el margen de configuración y los límites constitucionales que tiene el Congreso de la República en materia de tipificación de delitos; y (iv) el principio de razonabilidad en

materia penal, la Corte concluye que el artículo 4º de la Ley 1762 de 2014 no vulnera el principio de razonabilidad.

Lo anterior por cuanto la tipificación del contrabando es acorde con el principio de razonabilidad penal, en la cuanto su tipificación: (i) no configura un exceso punitivo en relación con otras conductas delictivas como el narcotráfico y el lavado de activos; y (ii) persigue la consecución de un fin legítimo, cual es, la protección de diversos bienes jurídicos amparados, en especial, el orden económico y social, siendo además una medida idónea y necesaria para alcanzar tal propósito.

## VII. DECISION

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

### RESUELVE

Primero. Declarar ESTARSE A LO RESUELTO en sentencia C-191 de 2016, que declaró exequible el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación del principio de legalidad

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación del principio de violación del principio de razonabilidad.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-203/16

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO-Demanda refiere la ausencia de necesidad de la pena y el exceso punitivo en que incurrió el legislador (Aclaración de voto)/DEMANDA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO-Acusación va en el mismo sentido que la decidida en la sentencia C-191 de 2016 frente a la necesidad de la pena (Aclaración de voto)

DEMANDA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO-Ausencia de razonabilidad y proporcionalidad en la sentencia C-191 de 2016 (Aclaración de voto)/DEMANDA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO-Sentencia C-191 de 2016 carece de una adecuada motivación (Aclaración de voto)

DESCONOCIMIENTO DE LA NECESIDAD DE LA PENA Y FALTA DE PROPORCIONALIDAD-Coincidencia entre argumentos utilizados para controvertir la tipificación, planteo asuntos no resueltos en la sentencia C-191 de 2016 (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Incluye los componentes del principio de necesidad en materia penal (Aclaración de voto)/POLITICA PUNITIVA-Amplio margen de configuración normativo (Aclaración de voto)

PROPORCIONALIDAD Y NECESIDAD DE LA PENA FRENTE AL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-Control de mayor intensidad (Aclaración de voto)

Expediente: D-10906

MP. Alberto Rojas Ríos

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015

Demandante: Sigifredo Castro Duque

Decidí aclarar mi voto respecto de la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 1762 de 2015, que tipifica el delito de contrabando, en lo que concierne a la posible vulneración al principio de proporcionalidad porque, si bien concuerdo con la conclusión, me aparto del camino emprendido para llegar a ésta.

En efecto, si bien es cierto que el cargo formulado por el ciudadano se identifica expresamente como falta de razonabilidad en la tipificación del delito de contrabando, la demanda pareciera, en realidad, referirse a la ausencia de necesidad de la pena ya que afirma que se utilizó la herramienta penal “frente a comportamientos que ya puede reprimir sin necesidad de desconocer las garantías de terceros que no tienen relación con la conducta punible””. Además afirma que el legislador incurrió en un “exceso punitivo”, lo que reenvía, a la vez, a la necesidad y a la proporcionalidad de la medida. En estos términos, la acusación iba en el mismo sentido que la decidida, con ponencia del suscrito, en la sentencia C-191 de 2016. En esa ocasión, el estudio se centró en la necesidad de la pena, como límite al margen de acción o discrecionalidad de la que goza el legislador en la configuración legal de la política punitiva del Estado. Ahora, el límite que se esgrimía como desconocido, en esta segunda demanda, era el de la proporcionalidad, pero con razones equivalentes a las expuestas en la primera demanda y la Corte recurrió a los mismos argumentos para declararla exequible.

Concluyó la presente sentencia que el contrabando (i) afecta el aparato productivo colombiano y las finanzas públicas; (ii) no configura exceso punitivo en relación con las otras conductas delictivas; (iii) persigue un fin legítimo y (iv) es una medida idónea y necesaria para alcanzar tal propósito. Pero para llegar a estas conclusiones no desarrolló un verdadero juicio de proporcionalidad (a pesar de que la falta de proporcionalidad era justamente el cargo formulado). Se echa de menos un juicio de razonabilidad y proporcionalidad que explique la intensidad del control que se realizará, los componentes del juicio de razonabilidad y proporcionalidad que se aplicarán a este caso y un desarrollo de este importante instrumento argumentativo. No obstante, en la sentencia, se concluye que la medida es idónea, sin realizar previamente un estudio y argumentación en ese sentido. También se concluye que la medida es necesaria, sin explicar por qué se llegó hasta el estudio de la necesidad de la medida y, por qué es efectivamente necesaria. Sólo en el punto 3.2.5, donde se decide finalmente el asunto, la sentencia se limita a resaltar el impacto negativo del contrabando. Es decir, que la decisión carece de una adecuada motivación.

La coincidencia entre los argumentos utilizados para atacar una tipificación penal por desconocimiento de la necesidad de las penas, con aquellos utilizados para controvertir la tipificación por falta de proporcionalidad, planteaba tres asuntos que no fueron resueltos: (i)

¿debía la Corte Constitucional, en ejercicio de su deber de interpretación de las demandas, concluir que existía cosa juzgada material, respecto de la sentencia C-191 de 2016, porque en realidad se estaba atacando de nuevo la falta de necesidad de la pena? Creo que no. Considero que sí era competente la Corte para hacer un nuevo pronunciamiento, pero el análisis de la existencia de la cosa juzgada debió ir hacia la identidad material de los cargos, más allá del nombre dado por el demandante; (ii) ¿la necesidad de las penas, equivale, realmente a la proporcionalidad de las mismas?; y (iii) ¿Cómo debe ser el juicio de proporcionalidad para controlar la proporcionalidad y/o la necesidad de las penas? La respuesta de las dos últimas preguntas está ligada.

Para determinar si la política criminal, al tipificar como delitos ciertos comportamientos, establecer la pena o modificar estos elementos, se ejerció dentro de los parámetros constitucionales, es necesario evaluar si el ejercicio de la competencia legislativa fue racional y proporcionado o irracional o excesivo. El control de la proporcionalidad, cuyo origen es el derecho administrativo, de donde fue trasladado al derecho constitucional, es propio de competencias discrecionales, como la potestad legislativa, en concreto, en la determinación de la política punitiva del Estado. Sólo es posible concluir que la competencia del legislador nunca es discrecional, cuando se confunden categorías opuestas como las competencias discrecionales con las regladas[23], su antónimo más natural[24]. Pero discrecionalidad no significa ausencia de límites y el control que debe realizar la Corte debe ser adecuado a su rol de protección de las libertades públicas y los derechos fundamentales.

A pesar de que sea posible diferenciar teóricamente los componentes del principio de necesidad de las penas, de los de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, una concepción adecuada del principio de razonabilidad y proporcionalidad, incluiría los componentes del principio de necesidad en materia penal, ya que los elementos del juicio de necesidad, coinciden con los del juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Esto significa que, a pesar de que la jurisprudencia haya sostenido que el control de las tipificaciones penales es mínimo o de baja intensidad, (el que no requiere estudiar la necesidad de la medida), en razón del amplio margen de configuración normativo de que goza el Congreso en cuanto a la política punitiva, este nivel debe aumentarse cuando el cargo es el del desconocimiento de la necesidad de la pena y la ausencia de proporcionalidad o se trate, de afectaciones sensibles a los derechos fundamentales[25]. No

sería posible concluir que una medida penal que no consulta la necesidad de las penas es, no obstante, proporcionada. La conclusión contraria también sería absurda. Este aserto se demuestra por las coincidencias argumentativas para responder tanto a la necesidad de las penas, como a la razonabilidad y proporcionalidad del delito. Así, por ejemplo, la antijuridicidad material en materia sancionatoria puede fundarse legítimamente en la exigencia de afectación de bienes jurídicos, como componente del principio de necesidad, mientras que esta Corte también ha fundado la antijuridicidad material en la proporcionalidad: “Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional”[26]. De la misma manera la afectación de derechos fundamentales se analiza a través de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, el que necesariamente debe tomar en consideración la finalidad perseguida por la norma, elemento necesario para determinar la necesidad de las penas.

Es decir que a pesar de que la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, no son elementos del juicio de proporcionalidad, en su intensidad débil, al integrar los juicios de proporcionalidad y de necesidad de la pena, el que exige el análisis de la subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio de la intervención penal, respecto del principio de libertad y los derechos fundamentales, se concluye que a pesar de tratarse de una competencia propia del Congreso de la República (la fijación de la política punitiva del Estado), es necesario realizar un control de proporcionalidad de mayor intensidad que sí incluya la necesidad de la medida y su proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de un juicio especial, que sí incluye el examen de la necesidad; en este caso, necesidad de la pena.

Esto quiere decir que los elementos del juicio de proporcionalidad que se echan de menos se componen, para controlar la necesidad de la pena y la proporcionalidad de la misma, del estudio de la finalidad, la evaluación de la idoneidad del medio, de la necesidad de la pena y de la proporcionalidad en sentido estricto. De esta manera se compaginan el deber de motivación de las decisiones judiciales, con el respeto de la discrecionalidad del legislador en la determinación de la política punitiva del Estado y los imperativos de respeto de necesidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas.

Respetuosamente,

ALEJANDO LINARES CANTILLO

Magistrado

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-203/16

DEMANDA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO-Sentencia C-191 de 2016 no hace un análisis particular y específico del verbo rector “disimular” sino un estudio general sobre el tipo penal (Aclaración de voto)/DEMANDA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO-Cargo propuesto exigía un estudio más específico para adoptar una decisión de fondo, centrada en la compatibilidad del verbo rector “disimular” y el principio penal (Aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, aclaro mi voto en la sentencia C-203 del 27 de abril de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos), decisión en la que la Corte (i) se estuvo a lo resuelto en la sentencia C-191 de 2016, que declaró exequible el artículo 4o de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación al principio de legalidad; y (ii) declaró exequible el artículo 4o mencionado, por el cargo de violación del principio de razonabilidad.

1. La presente aclaración de voto refiere a la primera de las decisiones citadas. Como se observa de la síntesis de la demanda, el actor hace un especial énfasis en cuestionar la constitucionalidad del verbo rector “disimular”, contenido en el tipo penal demandado, de cara a las condiciones impuestas por el principio de tipicidad y, de una manera más amplia, del principio de estricta legalidad en materia penal. Para resolver el asunto, la Corte hace una síntesis de lo decidido en la sentencia C-191 de 2016, para llegar a la conclusión que efectivamente en dicho fallo se resolvió la materia relativa a la compatibilidad de la disposición acusada con el principio de legalidad, lo que obligaba a estarse a lo resuelto.

2. Advierto que el asunto pudo haberse asumido desde una perspectiva diferente. En



efecto, si se revisa con detenimiento la razón de la decisión de la sentencia C-191 de 2016, se encuentra que en la misma no concurrió un análisis particular y específico del verbo rector “disimular”, sino un estudio general sobre el tipo de contrabando en su conjunto. Sin embargo, a mi juicio y desde una perspectiva deferente con el control estricto de la legalidad de los tipos penales, esa visión general no resultaba suficiente en el presente caso, sino que el cargo propuesto, en contrario, exigía un estudio más específico, luego del cual se adoptase una decisión de fondo, centrada específicamente en la compatibilidad entre el verbo rector antes citado y el principio penal materia de debate en esta oportunidad.

3. Sin embargo, la Corte adoptó un camino diferente, que resulta menos satisfactorio, en términos de ejercicio del control de constitucionalidad, que el que propuse ante la Sala y que, ahora, motiva la discrepancia que expreso.

Estos son los motivos de mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Corte Constitucional, Auto del 29 de julio de 1997, expediente D-1718.

[2] Ver, entre otras, las sentencias C-1052 de 2001 y C-1256 de 2001.

[3] Sentencia C- 456 de 2012.

[4] Sentencia C-156 de 2007.

[5] Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga

omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

[6] Artículo 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

[7] Sentencia de la Corte Constitucional C-028 de 2006.

[8] Sentencia de la Corte Constitucional C-079 de 2011.

[9] Sentencia C-241 de marzo 22 de 2012.

[10] Sentencia C-987 de 2010.

[11] C-254A de marzo 29 de 2012.

[12] Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2008; C-542 de 2011, C-310 de 2002; C-978 de 2010; C-819 de 2010; Sentencia C-061 de 2010; Sentencia C-729/09; Sentencia C-406 de 2009; C-149 de 2009; C-516 de 2007; C-647 de 2006; C-310 de 2002.

[13] Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2008; C-542 de 2011; C-978 de 2010; C-819 de 2010; Sentencia C-061 de 2010; Sentencia C-729 de 2009; Sentencia C-406 de 2009; C-149 de 2009; C-516 de 2007; C-647 de 2006; C-310 de 2002.

[14] Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009.

[15] Sentencia C-153 de 2002; C-237<sup>a</sup> de 2004; Sentencia C-798/03.

[17] "Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009.

[18] Este sí es el caso, por ejemplo, de la expresión "zona primaria" aduanera, que no fue demandada en esta ocasión. La determinación del sentido de esta expresión, ingrediente normativo del tipo penal, se logra gracias a una remisión compleja al artículo 3 del decreto 390 de 2016 y a actos administrativos. En efecto, el decreto 390 dispone que "ZONA PRIMARIA ADUANERA. Es aquel lugar del territorio aduanero nacional, habilitado por la

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para la realización operaciones materiales de recepción, almacenamiento, movilización y embarque de mercancías que entran o del país, donde la administración su potestad de control y vigilancia”.

Se refiere, entonces, por ejemplo, a los puertos y aeropuertos delimitados mediante acto administrativo.

[19] Gaceta del Congreso número 774 del 8 de septiembre de 2013.

[20] Ver sentencias C- 038 de 1995; C-070 de 1996; C-013 de 1997; C-551 de 2001, C-121 de 2012, entre otras.

[21] Sentencia C-1404/2000.

[22] Sentencia C- 070 de 1996.

[23] En este sentido se encuentra el salvamento de voto de la Magistrada Gloria Stella Ortiz a la sentencia C-205/16, en donde se concluye: “Como se desprende de lo reseñado, hablar de discrecionalidad sugiere mayores límites al ejercicio del Congreso, pues implícitamente indica que la función de hacer leyes es reglada, lo cual es constitucionalmente incorrecto. Por esas razones se solicitó al Magistrado ponente no equiparar los conceptos y mantener la sólida y reiterada denominación: “libertad de configuración legislativa” o “margen de configuración legislativa” (negrillas no orinales).

[24] El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define, en su segunda acepción, el adjetivo “reglado” así: “Dicho comúnmente del ejercicio de autoridad pública cuando las disposiciones vigentes no lo han dejado al discrecional arbitrio de esta: Sujeto a precepto, ordenación o regid” (negrillas no originales).

[25] Corte Constitucional, sentencia C-720/07.

[26] Corte Constitucional, sentencia C-070/96.