

Sentencia C-224-09

Referencia: expediente RE 139

Revisión constitucional del Decreto Legislativo 4336 del 17 de noviembre de 2008, “Por el cual se modifica el Código Penal”.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

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

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

I. ANTECEDENTES.

El Presidente de la República, en desarrollo del numeral 7º del artículo 241 de la Constitución Política, remitió a esta Corporación al día siguiente de su expedición, copia del Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008, “Por el cual se modifica el Código Penal”, dictado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008, que declaró el estado de emergencia social.

Repartido el asunto a este Despacho, mediante providencia del 25 de noviembre de 2008, se dispuso: i) avocar el conocimiento del asunto, ii) decretar la práctica de algunas pruebas, iii) fijar en lista el asunto para efectos de la intervención ciudadana, iv) dar traslado al Procurador General de la Nación para que rinda el concepto de rigor y v) comunicar la iniciación del presente asunto al Presidente de la República y al Ministro del Interior y de Justicia, a efectos de que indiquen las razones que justifican la constitucionalidad del acto.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de este asunto, y previo concepto del Ministerio Público, la Corte Constitucional procede a decidir el mismo.

II. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO QUE SE REvisa.

A continuación, se transcribe el texto del Decreto Legislativo No. 4336 del 17 de noviembre de 2008, objeto de revisión constitucional:

“DECRETO NÚMERO 4336 DE 2008

(noviembre 17)

Por el cual se modifica el Código Penal

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008

CONSIDERANDO:

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

Que dada la incidencia de la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal en las causas de dicha emergencia, así como el grave daño social que genera, se hace necesario hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la conducta.

DECRETA:

Artículo 1°. Modifícase el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 316. Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.

Artículo 2°. Adiciónase el artículo 316A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 316A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Los Fiscales que conozcan de los procesos penales que correspondan a este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en aras de procurar la devolución de los recursos.

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

Publíquese y cúmplase.

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

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Interior y Justicia, Fabio Valencia Cossio.

El Ministro de Relaciones Exteriores, Jaime Bermúdez Merizalde.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, Oscar Iván Zuluaga Escobar.

El Ministro de Defensa Nacional, Juan Manuel Santos Calderón.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Andrés Felipe Arias Leyva.

El Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancourt.

El Ministro de Minas y Energía, Hernán Martínez Torres.

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Luis Guillermo Plata Páez.

La Ministra de Educación Nacional, Cecilia María Vélez White.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Juan Lozano Ramírez.

La Ministra de Comunicaciones, María del Rosario Guerra de La Espriella.

El Ministro de Transporte, Andrés Uriel Gallego Henao.

La Ministra de Cultura, Paula Marcela Moreno Zapata”.

III. PRUEBAS RECAUDADAS.

1. Superintendencia Financiera de Colombia¹.

El Superintendente Financiero de Colombia (e.), doctor Roberto Borrás Polanía, empieza por señalar que en virtud de los artículos 334 y 335 de la Constitución, se establece una clara opción por la protección del ahorro del público y una distribución de competencias regulatorias entre el Legislativo y el Gobierno, correspondiendo al último un papel interventor que ejerce en el marco de la ley. De ahí que la actividad de captación de dineros del público haya sido materia de regulación y supervisión a través del tiempo como columna vertebral de la actividad financiera.

Asevera que el Gobierno ha visto con gran preocupación “la reciente proliferación de captadores masivos y habituales de dineros del público en distintos lugares del país, que operan sin la autorización correspondiente”. Además, indica que “la expansión de estas actividades resulta preocupante porque pone en riesgo la confianza pública en el sistema financiero y deteriora la capacidad del Gobierno para establecer los controles adecuados que

brinden garantías a los ahorradores”.

Resalta que dicha actividad de captación efectuada de forma ilegal lleva implícito un grave riesgo para quienes entregan su dinero toda vez que no cuentan con ninguna de las garantías que se desprenden de la regulación especial a las que se encuentran sometidas las entidades financieras como el seguro de depósito o un capital mínimo que respalde sus operaciones. Estima que los bienes jurídicos que se protegen son el ahorro público, la confianza pública en el sistema financiero y, por lo tanto, el mismo sistema.

Señala que la conducta punible presenta una naturaleza pluriofensiva al vulnerar varios intereses jurídicos como son el orden económico y social, el sistema financiero y el patrimonio económico, exigiendo un tratamiento normativo que imponga sanciones proporcionales al grave daño ocasionado.

De esta forma, considera que era de la mayor importancia que el Estado colombiano “endureciera las consecuencias de realizar dichas actividades”. Adicionalmente, esboza que la sanción no podía limitarse a aumentar el tiempo de la pena “sino que debía propender por garantizar que la sanción cumpla efectivamente su objetivo de desestímulo de la conducta, por lo cual la sanción debía ser de aquellas que excluyen la posibilidad de aplicación de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, o beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena”.

Manifiesta que “(l)a relación entre las causas de la crisis y las medidas contenidas en el Decreto 4336 de 2008 se aprecia en la estructura de este documento vista a la luz de las motivaciones consignadas en la parte considerativa de dicho decreto, en el cual queda claro que se trata de responder a un fenómeno que ha alcanzado niveles muy especiales en su extensión, al alcanzar presencia muy importante en varias zonas del país, así como en el número de las personas involucradas; este último aspecto en la medida en que compromete un porcentaje muy importante de la población de departamentos como Putumayo, Nariño y Cauca, entre otros”.

Además, explica que dentro de las consideraciones del decreto que declaró la emergencia social se evidencia que las pérdidas de dineros ocasionadas por las mencionadas actividades no autorizadas, ha agudizado la situación de pobreza de

las personas involucradas. También, que se han producido alteraciones del orden público en municipios como Villagarzón y Mocoa (Putumayo), Pasto, Buesaco y Tumaco (Nariño), Santander de Quilichao y Popayán (Cauca), entre otros.

Encuentra así que se “requería una acción estatal excepcional e inmediata, que en adición a los temas propios de las autoridades administrativas y de policía, incursionara en el campo penal, especialmente en consideración a la conducta alrededor de la cual gira toda la problemática descrita, es decir la captación masiva y habitual de dineros del público. Esta conducta se encuentra tipificada en el Código Penal desde hace mucho, lo que indica que la norma en las condiciones previstas antes de la emergencia no estaba cumpliendo con uno de sus propósitos fundamentales como es el de disuadir a los ciudadanos de realizar la conducta respectiva”.

Dice que además del aumento de la pena se adopta otra medida consistente en la creación de un tipo penal independiente que reprime la no devolución de recursos captados del público, sobre lo cual expone la aplicación del principio de oportunidad “con la intención de incentivar la devolución de los dineros captados”. Termina su exposición indicando que “las medidas adoptadas, sin perjuicio de otras que puedan tomarse en los próximos días, constituyen una estrategia diseñada para atacar la situación existente desde diferentes ámbitos. En el campo penal la finalidad es fortalecer la legislación existente, de tal forma que se responda adecuadamente a las dimensiones y circunstancias del fenómeno registrado en la actualidad”.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público².

El Ministro de Hacienda y Crédito Público expone que como consecuencia de las medidas adoptadas por el decreto los condenados no podrán acogerse a la suspensión condicional de la ejecución de la pena definida en el artículo 63 del Código Penal, que procedía para los casos en que la pena impuesta no superara los 3 años.

Así pues, en correspondencia con el principio de prevención de las penas, encuentra que se establece “un poderoso elemento disuasor para los organizadores de actividades de captación masiva de recursos del público, los cuales, con anterioridad a la expedición del decreto en comento, simplemente debían pagar la multa impuesta como consecuencia de su actividad, no se les privaba de la libertad y podían continuar bajo nuevas modalidades

las defraudaciones al público”.

También, encuentra que se establece una importante herramienta para las autoridades judiciales y administrativas con el objeto de “lograr la entrega voluntaria de recursos captados ilegalmente que estén aún en poder de los captadores, para así poder devolver a un mayor número de afectados y en una mayor proporción, los recursos entregados a dichas organizaciones”.

De esta manera, anota que las medidas adoptadas están directamente encaminadas a conjurar las causas de la declaratoria del estado de emergencia social como lo es la captación masiva y habitual de recursos del público a través de “organizaciones de cada vez mayores complejidades en su operación y cada vez más estrechamente vinculadas a fenómenos de lavado de activos, narcotráfico y acción de grupos armados al margen de la ley”.

Concluye que con la expedición del Decreto “se crea un mecanismo efectivo de represión y disuasión del delito de captación, de tal forma que se detenga la inversión de recursos del público en las denominadas pirámides y se logre la devolución de la mayor cantidad de recursos captados ilícitamente a los afectados, conjurando así la causa principal de la crisis social suscitada, así como evitar la extensión de sus efectos”.

3. Ministerio del Interior y de Justicia³.

El Ministro del Interior y de Justicia, luego de recordar el contenido de los artículos 334 y 335 de la Constitución, señala que se instituye de una parte una clara opción de la Constitución por la protección del ahorro público al asignarle un especial interés público y, de otra parte, distribuye entre el Legislativo y el Gobierno las competencias regulatorias en dichas materias, otorgando al último un rol interventor que ejercerá dentro del marco legal. De ahí que la actividad de captación de dineros del público como objeto de protección constitucional haya sido materia de regulación y supervisión como columna vertebral de la actividad financiera.

Señala que el Gobierno al observar con profunda preocupación la proliferación desbordada en el país de “distintas modalidades no autorizadas de captación o recaudo masivo de dineros del público, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la

intervención de las autoridades; y que, con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, motivó que un número importante de ciudadanos entregara sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio, se decretó la emergencia social a través del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008”.

Manifiesta que dentro de las consideraciones que sustentan su adopción está el que tales actividades implican un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público al no estar sujetas a ningún régimen prudencial y carecer de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado. Agrega que se encontró necesario “adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por la autoridades competentes”.

Arguye que con la legislación expedida en el marco de la declaratoria de la emergencia social, el Estado avanzó en la conservación y consolidación del horizonte filosófico instituido por el Constituyente en orden al Estado social de derecho, los principios que lo inspiran y los fines esenciales. Efectividad de tales principios que puede obtenerse dotando a las autoridades de los instrumentos adecuados a la realidad contemporánea y adecuando su operatividad a la evolución de las diversas manifestaciones delictivas.

Sintetiza su exposición indicando que “deben incorporarse mecanismos que de manera armónica con el entorno constitucional y legal y sobre la base del devenir histórico, permitan dar cabal cumplimiento a los derechos y garantías de los ciudadanos”.

Así expone que la situación generada por la proliferación de las denominadas pirámides ha devenido en serías perturbaciones del orden público, con lo cual tales comportamientos han causado un mayor nivel de lesividad que adquiere relevancia en tratándose de una situación manifiesta, no aislada. De ahí que encuentre plena justificación a la adopción de medidas que desde el ámbito jurídico penal estén encaminadas a desestimular la comisión de dichas infracciones.

Encuentra relevante que el Estado “endurezca las consecuencias de realizar estas

actividades buscando así desestimularlas en forma contundente”. Endurecimiento de la sanción que no debe limitarse al aumento del tiempo de la pena sino que debe perseguir también garantizar que cumpla su objetivo de desestímulo de la conducta. Considera que ha de buscarse que la pena cree una “prevención especial respecto de la persona que sea sancionada, de manera que se excluya la posibilidad de aplicación de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, o beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la pena”.

Encuentra importante apartar efectivamente al infractor de la posibilidad de continuar realizando el ilícito incluso desde su propio domicilio, cumpliendo la pena en un establecimiento carcelario. Sostiene que no puede desconocerse la sanción casi simbólica instituida en el artículo 316 del Código Penal, de 32 a 108 meses de prisión y multa hasta de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que hacía procedente la aplicación de beneficios como la prisión domiciliaria y los artículos 63 y 461 del Código Penal, ya que la pena podía imponerse por un tiempo menor de 3 años.

Además, manifiesta que “debe concitar total atención del Estado el eventual uso de estas organizaciones para canalizar recursos originados en actividades ilícitas y ser empleados como canal de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Al mantenerse por fuera del ámbito de vigilancia de las entidades de supervisión, estas organizaciones representan un peligroso estímulo para la legitimación de activos de origen espurio, ya como instrumento cuando el dinero del presunto inversionista emana del delito, ya en cuanto al movimiento que puedan dar dichas organizaciones al capital captado”.

Adicionalmente al mayor quantum punitivo, anota que se dispuso la redefinición del tipo penal al incorporarse nuevos verbos rectores para ampliar su cobertura a todas aquellas actividades que lejos de ser accesorias a la captación ilegal tradicional constituyen en la práctica manifestaciones inherentes a ella.

Al efecto, señala que “no puede desconocerse que la promoción, patrocinio, financiación, inducción y colaboración para la captación ilegal de dineros del público son, en esencia, eslabones de un complejo sistema cuya finalidad converge en un solo objetivo: recibir recursos sin autorización alguna de autoridad competente. Como igualmente se anticipó, el flujo de efectivo cuyo origen es presuntamente lícito genera un

marco ideal para el ingreso de dineros originados en el narcotráfico, el secuestro, el contrabando, la extorsión y el tráfico de armas, entre otros delitos”.

En cuanto a la circunstancia de agravación punitiva expone que los avances tecnológicos de la informática y las telecomunicaciones han motivado una vertiginosa evolución de las tendencias criminales contemporáneas, surgiendo una empresa criminal fortalecida por las múltiples posibilidades ilícitas que las nuevas tecnologías de la información benefician.

De otra parte, manifiesta que se tipifica la no devolución de los recursos captados del público definiendo así un mecanismo de reparación de contenido económico a las víctimas. Añade que se busca motivar el reintegro de los dineros captados ilícitamente en la espera que repercuta en el restablecimiento del orden público. Recalca que las medidas punitivas adoptadas por el decreto constituyen pleno desarrollo de los modelos prevencionistas que en materia penal son una respuesta razonable y proporcional para hacer frente a infracciones de carácter pluriofensivo que generó una grave afectación del orden público.

También señala que se impone la obligación de aludir a la teoría de la necesidad de protección como factor primigenio inherente a la génesis del Estado. En alusión a la doctrina y la sentencia C-134 de 1993, deriva que cuando la delincuencia emplea medios dinámicos -novedosos e innovativos-, la persecución penal debe intentar nuevas soluciones, por tratarse como en el presente caso “de una situación sobreviniente, no conjurable por las vías legales ordinarias”, soportándose para el efecto en la sentencia C-127 de 1993.

Concluye así que el Decreto bajo examen constituye una herramienta legal necesaria, proporcional y razonable que contribuye de forma valiosa a conjurar las causas que motivaron la declaración de la emergencia social.

IV. INTERVENCIONES CIUDADANAS.

A. Antes que el despacho sustanciador dispusiera la fijación en lista del asunto se presentaron las siguientes intervenciones:

1. Intervención del ciudadano Jaime Andrés Salazar Ramírez⁴.

Solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del Decreto por infringir i) el Preámbulo y los artículos 2º, 4º, 6º, 13, 14, 29, 34, 38, 84, 150-2 y 333 de la Constitución, ii) los artículos 16 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 3º y 7-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y iii) la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

Encuentra que se vulnera el artículo 29 de la Constitución, toda vez que dicho precepto supone que la norma penal debe preexistir y con las formalidades constitucionales. Encuentra que el único facultado para crear o modificar tipos penales es el Congreso a través de los códigos (numerales 2º y 10 del artículo 150 superior), por lo que está vedado al Presidente de la República atribuirse dicha competencia. Luego al proceder de esta manera desconoció además el principio de legalidad (arts. 214-2 superior y 4º, Ley 137 de 1994).

2. Intervención del ciudadano Jorge Franklin Kuarán M.⁵

El ciudadano solicita a la Corte que sea tenida en cuenta la ayuda magnética que acompaña contentiva de algunas exposiciones verbales de los pobladores afectados con la decisión del Gobierno⁶. Expone que hace parte de una Comisión que desde Mocoa viajó a Bogotá con la finalidad de presentar propuestas ante el Congreso, según cita convenida para el día 25 de noviembre de 2008. Estima que las decisiones del Gobierno no fueron de buen recibo para los pobladores de los departamentos de Nariño, Caquetá y Putumayo, lo cual permitió a los municipios de este último declararse en paro cívico para reclamar se reconsidere dichas determinaciones toda vez que resultan inconstitucionales al afectar los intereses individuales.

3. Intervención del ciudadano Miguel Ángel Enciso Pava⁷.

El ciudadano impugna el decreto al considerar que infringe los artículos 121, 150, 189 y 215 de la Constitución.

En su opinión la declaración del estado de emergencia no faculta al Presidente de la República para modificar el Código Penal dado que el artículo 215 superior, si bien es

cierto no le prohíbe expresamente el tipificar delitos o imponer penas privativas de la libertad, también lo es que no lo faculta para ello. Expresa que la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, tampoco lo autoriza ya que el artículo 44 refiere al estado de conmoción interior. Precisa que el contenido y finalidad del estado de emergencia es netamente económico a diferencia del estado de conmoción interior o de guerra exterior.

Respecto al artículo 2º del decreto, señala que configura en delito el estado de deuda actual si esta no es cancelada dentro de la vigencia de la nueva norma, agregando que “tal disposición dada su retroactividad, es totalmente inconstitucional pues convierte una obligación civil en conducta penal, lo que está expresamente prohibido en el artículo 4º de la citada Ley Estatutaria 137 de 1994”.

4. Intervención del ciudadano Manuel Andrés Rodríguez Martínez⁸.

El ciudadano impugna el artículo 2º del decreto al considerar que infringe los artículos 29 de la Constitución y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (recogido en el artículo 4º de la Ley 137 de 1994), toda vez que crea una consecuencia penal para conductas ocurridas con anterioridad, desconociendo así el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal. Además, considera que se establece una sanción penal por deudas civiles.

Explica que nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de ejercer la acción civil dentro del proceso penal para lograr la reparación de los perjuicios económicos causados, consagrando igualmente la indemnización como atenuante de responsabilidad. De este modo, estima que convertir la no indemnización de perjuicios dentro del proceso penal en un nuevo tipo penal equivale a establecer una sanción penal por deudas civiles (arts. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5º de la Ley 137 de 1994).

Ejemplifica su exposición señalando que “lo anterior sería equivalente a establecer una sanción penal por hurto y otra por no devolver lo hurtado; una sanción penal por peculado y otra por no devolver lo apropiado; y así sucesivamente en todos los delitos en los que se pueda ejercer la acción civil dentro del proceso penal”. También afirma que el Gobierno no justificó expresamente (art. 8º Ley 137 de 1994), por qué limitó el derecho al debido

proceso quebrantando con ello el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal y por qué creó una sanción penal por deudas civiles.

Colige así que atendiendo que el artículo 13 de la Ley 137 de 1994 establece que la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad, puede señalarse que el artículo 2º del Decreto es inconstitucional porque para evitar la captación ilegal de recursos del público no es necesario vulnerar el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, como tampoco el principio que no puede existir sanción penal por deudas civiles. Expone que la legislación ordinaria consagra herramientas jurídicas penales y administrativas para contrarrestar dicho fenómeno el cual ha existido hasta la fecha por la permisividad, omisión y negligencia de las autoridades administrativas y penales.

B. Dentro del término de fijación en lista se presentaron las siguientes intervenciones⁹:

1. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República¹⁰.

La doctora María del Pilar Sáchica Méndez, actuando como apoderada de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República solicitó la exequibilidad del decreto en revisión.

Sobre el examen formal expuso que cumple en forma estricta los requerimientos previstos en la Constitución y la Ley 137 de 1994 toda vez que se encuentra debidamente firmado por el Presidente de la República y todos los ministros del despacho, el texto expone en los considerandos los motivos que tuvo el Gobierno para expedir las medidas y fue expedido estando vigente el estado de emergencia social.

Respecto al examen material, específicamente en cuanto a la competencia, indicó que el decreto resulta constitucional por cuanto se dictó por el servidor público competente para expedir esta clase de normas con fuerza de ley, encaminadas a conjurar la crisis producida por los hechos expuestos en el decreto declaratorio y evitar la extensión de sus efectos y, además, acorde con la función del Presidente de la República de conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (art. 189-4 superior).

Agrega que se ajusta a la competencia que la Constitución le asigna al Ejecutivo de proteger el ahorro público interviniendo en las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos provenientes de ahorro de terceros, previo mandato del legislador (art. 189-25 superior).

Encuentra evidente la conexidad directa y específica entre el decreto y las causas invocadas en el decreto declaratorio del estado de emergencia. Anota que si se revisan las consideraciones de este decreto se aprecia que la causa generadora del estado de emergencia social fue la crisis social y de alteración del orden público causada por la proliferación en diferentes lugares del país de captadores masivos y habituales de dineros del público que actuaban sin la autorización correspondiente, y las consecuencias nefastas que ocasionó para la economía familiar y regional el que un sinnúmero de personas perdieran sus recursos, lo cual sólo era posible conjurar con la expedición de medidas como las previstas en el presente decreto.

Señala que con el fortalecimiento de la legislación penal vigente como lo es el endurecimiento de las sanciones y la ampliación de las conductas punitivas contempladas para el delito de captación masiva y habitual de dineros, se persigue volver a la normalidad acudiendo al mecanismo de la represión y disuasión para evitar que dichas empresas y personas sin autorización legal, continúen con el recaudo de dineros del público y así lograr la devolución de los recursos a los afectados impidiendo con ello la extensión de los efectos.

En torno al cumplimiento del principio de necesidad adujo que al observar las consideraciones del decreto se evidencian las razones por las cuales era necesario modificar el Código Penal tras la declaratoria del estado de emergencia social. Consideró indispensable tener en cuenta “que el crecimiento desbordado de estas modalidades de captación de dineros del público y que ocasionaron grave detrimento de las condiciones económicas de las personas y las familias que invirtieron sus dineros, como para varias regiones del país, amenaza con perturbar en forma grave e inminente el orden social y el orden público, lo cual hizo imperiosa la necesidad de que el Gobierno Nacional dictara de manera urgente unas modificaciones del Código Penal, para detener este delito y los efectos que venía presentando en la sociedad.

Así pues, las normas penales expedidas que se adoptaron frente a la coyuntura que se presentó, son una respuesta necesaria y urgente que dota al Estado de las herramientas indispensables para asumir el control inmediato de la situación y evitar la extensión de sus efectos”.

En cuanto a la observancia del principio de proporcionalidad explica que las medidas contenidas en el decreto modifican el artículo 316 del Código Penal, aumentando las penas, evitando que las causas que dieron lugar a la declaratoria continúen y tipificando la no devolución de los dineros captados del público sin autorización legal, con lo cual se crea un mecanismo de reparación de tipo económico que remedia los daños ocasionados, previéndose la aplicación del principio de oportunidad en cuanto se produzca la devolución de los dineros captados, por lo que se persigue motivar el reintegro que repare en parte los daños ocasionados con la conducta punible o al menos que cesen los efectos lesivos.

Sostiene que “la modificación a la legislación penal vigente, establece una represión mayor a la captación masiva y habitual de dinero sin autorización legal, que responde al principio de proporcionalidad en cuanto se adecua a la gravedad del daño generado por la comisión del delito. Medidas como las previstas en el Decreto 4336 de 2008, tienen pues, como propósito proteger el ahorro público y la confianza en el sistema financiero”.

Y en cuanto al principio de igualdad no encuentra que el contenido del decreto incurra en alguna discriminación. A su juicio, la modificación del Código Penal no incorpora ningún tipo de discriminación por razones de raza, religión y origen, pues, la finalidad no es otra que sancionar la omisión en la aplicación de controles que permitir la intervención rápida de las autoridades competentes.

Concluye que los presupuestos contemplados en el artículo 215 de la Constitución y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción se encuentran respecto al decreto bajo revisión plenamente probados.

2. Ministerio del Interior y de Justicia¹².

El Ministro del Interior y de Justicia solicita la exequibilidad del decreto en estudio. Dado que esta intervención reitera esencialmente los planteamientos que expuso dicho

Ministerio al responder la práctica de pruebas decretadas por la Corte, esta Corporación prescindirá de la repetición de dichos argumentos¹³. No obstante, se precisan algunos aspectos nuevos como son:

- Las medidas dictadas en el marco de la declaratoria de emergencia deben ser analizados sistemática e integralmente y no de forma aislada como quiera que la legislación ordinaria no prevé las reglas suficientes que permitan conjurar situaciones excepcionales como la que motivó la declaratoria de emergencia social.
- Se regula de manera clara la procedencia del principio de oportunidad cuando se produzca la devolución de los dineros captados, con lo cual se busca asegurar el derecho de las víctimas a obtener la justa retribución por la comisión del hecho (art. 250-1 superior).

Por lo tanto, concluye que la facultad contenida en la norma se ajusta al entorno previsto por el Constituyente conforme al cual es imperante para el funcionario judicial adoptar medidas tendientes a la reparación de los daños ocasionados con la conducta punible, así como propender por la cesación de sus efectos lesivos.

3. Superintendencia Financiera de Colombia¹⁴.

El Superintendente Financiero de Colombia, doctor Roberto Borrás Polanía, solicita la exequibilidad del decreto. Señala que la captación de dineros del público como el manejo, administración e inversión de los mismos, dada su connotación social y económica del más alto impacto en la comunidad, sólo puede ser ejercida por entidades expresamente autorizadas por la Superintendencia Financiera, previo cumplimiento de los requisitos legales. De ahí que el bien jurídico que se tutela es el interés público y la confianza en el sector financiero, los cuales prevalecen siempre sobre los intereses particulares.

Expone que las instituciones financieras estaban obligadas a someterse a un riguroso y exigente proceso de autorización previa, así como al cumplimiento permanente de exigibilidades de revelación contable y financiera, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes, etcétera, con el fin de proteger los ahorros del público y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas.

De conformidad con la regulación legal para la constitución de entidades financieras, previo al otorgamiento por la Superintendencia Financiera del certificado de autorización para empezar el desarrollo del objeto social, es menester que particularmente los establecimientos de crédito acrediten que se han inscrito en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para que sus ahorradores o depositantes cuenten con la protección del seguro de depósito.

Así las cosas, le resulta claro que “como regla de principio, cualquier entrega de recursos que se realice en una institución, establecimiento o sociedad no autorizada para captarlos y, por ende, no sometida a la supervisión permanente por parte de la Superintendencia Financiera o cualquier entrega de recursos a personas naturales, no está provista de los mecanismos que tiene señalada la ley para proteger a los ahorradores y depositantes y reducir el nivel de riesgos de los usuarios del sistema financiero”.

No obstante precisa que importantes números de personas entregaron sus dineros a recaudadores y captadores no autorizados “que carecían de la intención real de devolverlo o lo hurtaron luego de recibirlo, generando con ello graves consecuencias sociales y de orden público particularmente en los departamentos y municipios donde proliferaron de manera desbordada, con dimensiones que nunca tuvieron antecedentes similares, las distintas modalidades de recaudo masivo de tales recursos”.

Explica que los profusos esquemas de captación no autorizados que han afectado un amplio sector de la población y se han extendido a varias zonas del territorio, explican “la necesidad de tomar medidas extraordinarias, ágiles y preventivas que, como las previstas en el Decreto 4336 de 2008, están dirigidas a coadyuvar, junto con otras de linaje semejante, en la dinámica de conjurar la crisis, impidiendo la extensión de sus efectos, en este caso reprimiendo el fenómeno con medidas penales verdaderamente efectivas, disuasorias de la conducta y proporcionales al grave daño que ella generó”.

Destaca que en razón del enorme impacto generado por el desbordamiento y la magnitud que adquirió el fenómeno de captación no autorizada de dineros “se requería imprescindiblemente de instrumentos, entre ellos los penales, para reprimir el fenómeno y desestimular la comisión de dicho tipo de infracciones”. Afirma que la

conducta punible de captación ilegal de dineros del público amenaza gravemente varios intereses jurídicos protegidos como el orden económico y social que hace necesario un especial tratamiento normativo que sitúe su comisión en un escenario de mayores consecuencias punitivas.

Recuerda que el tipo penal de captación masiva y habitual se encuentra consagrado en el Código Penal de tiempo atrás, sin que, en las condiciones previstas antes de la emergencia, estuviera cumpliendo con uno de sus propósitos fundamentales como el disuadir la comisión de la infracción. En torno al endurecimiento de la sanción indicó que se encuentra ligado al aumento del tiempo que la persona deberá permanecer en prisión y adicionalmente creando una prevención especial dirigida a excluir la posibilidad de que el actor pueda ser beneficiario de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de la misma.

Resalta la sanción casi simbólica prevista antes de la declaratoria de la emergencia en el artículo 316 del Código Penal. En cuanto a la incorporación de nuevos verbos rectores en el tipo penal, expresa que se busca “una mayor cobertura del tipo penal a todas las actividades, vehículos y expresiones inherentes a la captación ilegal, pues en todo caso las conductas descritas en los verbos hacen parte del sistema criminoso para recibir o captar los dineros sin previa autorización de la autoridad competente. Lo que se ha dispuesto entonces es la redefinición del tipo penal a través de la incorporación de esos nuevos verbos, con lo cual se amplió la cobertura del tipo penal a todas aquellas actividades que, lejos de ser accesorias a la captación ilegal tradicional, son en la práctica manifestaciones inherentes a ella”.

Sobre la agravación de la pena por realizar la conducta a través de medios de comunicación u otros de divulgación colectiva encuentra que con la utilización de herramientas y avances tecnológicos y de las telecomunicaciones “se crea una vertiginosa proliferación del hecho delictivo, luego era necesario establecer dicha conducta como una circunstancia de agravación para tratar de impedir la divulgación de la conducta punitiva”. Respecto a la creación de un tipo penal por la no devolución de recursos captados del público de forma ilegal estima que se busca motivar el reintegro de los dineros captados sin autorización legal.

De otra parte, encuentra que el presente decreto cumple con los principios establecidos en el artículo 9º de la Ley 137 de 1994. En relación con el principio de finalidad expone que con el incremento de las penas y la creación del nuevo tipo penal, además que se busca disuadir la comisión de la conducta punible, también persigue la pronta y efectiva devolución de los recursos captados del público irregularmente.

Sobre el principio de necesidad anota que al apreciar las consideraciones del decreto se evidencian las razones por las cuales era necesario modificar el Código Penal. Señala que bajo el entendido que el fundamento de la declaratoria de emergencia social fue la magnitud desbordada y, por lo tanto, constitutiva de un hecho sobreviniente, en aras de conjurar tal situación “se evidenció la necesidad de incrementar las penas, pues las anteriormente establecidas no cumplían la finalidad de disuadir la comisión de tal tipo de conductas. Así mismo, surgió la necesidad de tipificar el no reintegro de los recursos captados del público con el fin de ayudar a combatir la situación que motivó la declaratoria mencionada, al estimular la pronta y efectiva restitución de los dineros captados irregularmente”.

Sobre el principio de proporcionalidad manifiesta que con las medidas adoptadas se busca evitar que los hechos que dieron origen a la declaratoria de emergencia social continúen proliferando, aumentando para el efecto las penas y elevando a la categoría de delito la conducta de no reintegro de los recursos captados. Precisa que con “las medidas que se han venido adoptando en el campo penal, tienen como propósito principal fortalecer la legislación existente, de tal forma que se responda adecuadamente a las dimensiones y circunstancias del fenómeno que se presentó en el país por el crecimiento desmedido del fenómeno de la captación no autorizada de dineros”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El señor Procurador General de la Nación, en concepto No. 4713 del 17 de febrero de 2009, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del decreto.

En cuanto al examen formal, señala que está suscrito por el Presidente de la República y todos sus ministros. Además, expone que la Constitución no exige para la expedición del decreto requisitos formales distintos de la invocación del fundamento constitucional y fáctico en la motivación del acto jurídico y la firma del Presidente de la República y los

ministros.

En lo concerniente a la competencia dice que la expedición de los decretos legislativos de desarrollo es una facultad constitucional y legal expresa conferida al Presidente de la República. Tampoco observa la existencia de vicios originados en el factor temporal ya que el decreto fue expedido dentro de la vigencia del decreto declaratorio del estado de emergencia social (30 días), al corresponder a la misma fecha. Encuentra que las disposiciones en revisión no contienen restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales.

Para el Ministerio Público el decreto guarda conexidad directa con el propósito de impedir la extensión de los efectos generados por el ejercicio ilegal de la actividad financiera toda vez que dichas disposiciones contribuyen a eliminar los factores de riesgo de la inversión privada e implican para los afectados una posibilidad adicional de recuperar los recursos invertidos. Ello, agrega, porque la acción de las autoridades responsables de perseguir el delito se extiende a la totalidad de los integrantes de las redes comerciales que se constituyen para tal fin y a la consecuente incautación de dineros y bienes de tales organizaciones.

Explica que con la modificación del artículo 316 del Código Penal, que amplía las conductas punibles y redosifica las penas, se genera un efecto persuasivo y de mayor impacto sancionatorio en aplicación del principio de prevención dentro de la política criminal del Estado encaminada a la disminución y eliminación del delito. Precisa que el artículo 316A del Código Penal “está dirigido a reprimir una conducta que permanece en el tiempo, cual es la de omitir la devolución de los dineros captados de manera ilícita, tipo penal autónomo que surge como complemento necesario del delito de captación masiva y habitual sin autorización legal, pues la experiencia enseña que los captadores ilegales, una vez cumplida la pena, entran a disfrutar del producto de su ilícito”.

Sostiene que existe una relación de conexidad entre las disposiciones penales y los motivos contenidos en el decreto declaratorio del estado de emergencia, en tanto que “en la parte motiva de éste se hace expresa mención a la proliferación de distintas modalidades de captación de recursos del público por fuera del marco legal y al grave riesgo y amenaza, ya que los captadores no ofrecen garantías y seguridades propias de la

actividad financiera, haciéndose necesaria la adopción de medidas y mecanismos ágiles para contrarrestar las aludidas prácticas desarticulando las redes y organizaciones al servicio de esos propósitos y, de esa manera, restablecer el modus vivendi de las familias que habitan en las zonas afectadas evitando una posible crisis social”.

La Procuraduría encuentra que entre este decreto y el declaratorio de la emergencia, se presenta i) una relación de causalidad directa frente a los motivos que determinaron la decisión para la declaratoria y ii) una relación de conexidad interna manifiesta, pues la regulación extraordinaria para la modificación del tipo penal a través de las disposiciones hace parte de las facultades que mediante el artículo 2º del Decreto 4333, asumió el Gobierno en desarrollo del artículo 215 superior. Es decir, la reforma evidencia un ajuste de las medidas punitivas por medio de la modificación del ordenamiento penal contenido en una ley ordinaria.

Adicionalmente, aprecia que el contenido de las medidas adoptadas en la norma bajo examen está dirigido a contrarrestar los efectos que generó la captación masiva e ilegal de recursos del público y evitar que continúe el hecho generador de la declaratoria de la emergencia. En opinión del Ministerio Público:

“las medidas son idóneas y proporcionales al fin que con ellas se persigue, su necesidad es evidente y con su adopción no se exceden los límites constitucionales impuestos en la Carta Política de 1991, aún en tiempo de normalidad (artículos 150, numerales 2 y 24, 189-4 y 251-3 de la Constitución Política). A este respecto, sólo es dable agregar que también resulta razonable y proporcional el haber consagrado una circunstancia de agravación punitiva por el delito de captación masiva y habitual de dineros, toda vez que la utilización de los medios de comunicación y demás adelantos tecnológicos tienen amplio impacto en el inconciente colectivo y, por ello, el ofrecimiento de una rentabilidad desproporcionada induce a las personas a depositar sus recursos en las empresas creadas con fines delictuales”.

En cuanto a la necesidad de las medidas, la Procuraduría considera que la práctica ilegal de captación de recursos del público en forma habitual atenta de manera grave e inminente contra la estabilidad institucional, el orden económico y social del Estado y

la convivencia ciudadana. Entiende que la utilización de la potestad punitiva del Estado constituye una medida necesaria para el restablecimiento del orden económico y social en las zonas afectadas por el ejercicio ilegal de la actividad financiera. Argumenta que “las medidas punitivas para contrarrestar los efectos de la emergencia social, además de su necesidad, comportan el carácter de urgencia que requieren los instrumentos encaminados a prevenir el delito financiero y sus efectos: la descomposición social y la desintegración del núcleo familiar que se originan en la falta de eficacia de los instrumentos sancionatorios previstos en la legislación ordinaria, la que es posible modificar bajo los estados de emergencia, en el presente caso la emergencia social”.

De otro lado, precisa que el ejercicio de la facultad de adición y modificación del Código Penal no contradice la Constitución toda vez que en los estados de emergencia es posible a través de los decretos legislativos modificar estatutos legales de carácter ordinario como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-179 de 1994. Sintetiza este punto señalando que “en cuanto las medidas adoptadas a través del Decreto 4336 de 2008 eliminan las barreras que limitan o imposibilitan la actuación de las autoridades judiciales, aquellas resultan necesarias y conducentes frente al fin perseguido con la declaratoria de emergencia social y fueron adoptados a través de un medio idóneo -la reforma del ordenamiento positivo ordinario- para lo cual el legislador extraordinario goza de facultad constitucional”.

En lo concerniente a la proporcionalidad de las medidas, señala que la intervención del Estado con el fin de generar instrumentos idóneos para la prevención y sanción del delito, además de constituir un medio idóneo para el mantenimiento y restablecimiento del orden social, se traduce en una medida constitucionalmente válida en cuanto se implementa a través de las autoridades judiciales legítimamente constituidas en el Estado social de derecho. Anota que no obstante a primera vista pudiera parecer que la aplicación del principio de oportunidad previsto en el parágrafo del artículo 316A desconoce los derechos de las víctimas del ilícito penal, tal apreciación lo es en apariencia por cuanto como lo ha señalado la Corte tal principio, en cuanto a su aplicación, reviste especiales características resaltando para el efecto la sentencia C-673 de 2005. Deriva, entonces, que el principio de oportunidad que por demás implica la aceptación del Juez de Garantías, impone a la Fiscalía el respeto de los derechos de las víctimas lo cual armoniza con lo previsto en el artículo 250 superior.

Encuentra que las imposiciones del decreto no constituyen cargas públicas adicionales para las personas a las ya existentes en materia de sometimiento a las investigaciones penales, ni modifican los derechos y garantías de los investigados contemplados en la legislación ordinaria. Por lo tanto, al mantenerse los principios de presunción de inocencia y debido proceso como los principios rectores del sistema penal, las medidas adoptadas no exceden las facultades conferidas por la Constitución al legislador extraordinario, que se produjeron al amparo del interés general que subyace en la declaratoria de la emergencia social.

Colige así que atendiendo que el juicio sobre la oportunidad y conveniencia de las medidas adoptadas es de carácter político y, por ende, de competencia exclusiva del Congreso i) entre el decreto bajo examen y la disposición que le sirve de fundamento existe una relación de conexidad tanto interna como externa dada su relación temática, sistemática y finalística y ii) las medidas adoptadas no subvierten los principios, derechos y valores de orden constitucional que le es dable respetar al legislador ordinario o extraordinario en el marco del Estado de derecho.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre el Decreto Legislativo 4336 del 17 de noviembre de 2008, expedido en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, declaratorio del estado de emergencia social, en virtud de lo previsto en el artículo 241 numeral 7º, en concordancia con el artículo 215 de la Constitución.

Debe señalarse que conforme a la doctrina constitucional sentada por esta Corporación desde el año 1992, el examen que le corresponde efectuar a este Tribunal sobre los decretos legislativos de desarrollo, reviste un carácter integral en tanto comprende la verificación de los aspectos formales y materiales de los mismos¹⁵.

2. Examen formal.

La Corte encuentra que el Decreto Legislativo 4336 del 17 de noviembre de 2008, cumple

las exigencias formales establecidas por el artículo 215 de la Constitución y la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, toda vez que:

(i) fue firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros; (ii) se dictó dentro del límite temporal de los treinta (30) días establecido en el artículo 2º del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, al ser expedido el mismo día del declaratorio del estado de emergencia; (iii) en el texto aparecen explícitos en su parte considerativa los motivos que condujeron al Gobierno a adoptar las medidas a examinar¹⁶, los cuales para la Corte resultan por sí mismos suficientes; y (iv) fue remitido a esta Corporación para su revisión constitucional al día siguiente de su expedición¹⁷.

Así las cosas, encuentra la Corte que en relación con el aspecto formal del Decreto, se cumple a cabalidad con las prescripciones del Estatuto Fundamental y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

3. El contenido y alcance del decreto legislativo.

El Decreto Legislativo 4336 del 17 de noviembre de 2008, por el cual se modifica el Código Penal, está compuesto de tres (3) disposiciones:

Con el artículo 1º, modificadorio del artículo 316 del Código Penal, sobre el delito de captación masiva y habitual de dineros, el legislador excepcional adiciona algunos verbos rectores en cuanto al modelo descriptivo del tipo penal, incrementa la sanción penal de prisión y establece una circunstancia de agravación punitiva.

Ello puede extraerse de su comparación con el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, que establecía: “Captación masiva y habitual de dineros. Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Con el artículo 2º, se adiciona al Código Penal el artículo 316A, estableciendo un nuevo tipo penal, el cual determina que con independencia de la sanción prevista al sujeto activo de la conducta penal anterior, quien no reintegre los recursos captados del público, por esa sola conducta tendrá pena de prisión y multa. Igualmente, se contiene un

parágrafo alusivo a que los fiscales que conozcan de este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de la vigencia de esta norma, podrán aplicar preferentemente el principio de oportunidad para procurar la devolución de los recursos.

Y con el artículo 3º, se establece la vigencia del decreto a partir de la fecha de su promulgación.

De esta forma, a efectos de realizar el juicio de constitucionalidad que corresponde a esta Corporación se procederá a determinar: i) el alcance del control de constitucionalidad sobre los decretos expedidos en el estado de emergencia; ii) la intervención del Estado en la actividad financiera y su previa autorización para el manejo de los recursos captados del público. La protección del interés público; iii) el orden económico social como bien jurídico garantizado constitucional y legalmente. El poder punitivo ordinario y sus límites; iv) las facultades del Ejecutivo durante los estados de excepción y su interpretación restrictiva. La potestad de modificar la legislación preexistente; v) la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio del poder punitivo en el estado de conmoción interior; vi) las particularidades del estado de emergencia y la posibilidad de adoptar medidas legislativas penales; vii) la necesaria temporalidad de las medidas legislativas penales expedidas durante el estado de emergencia. La relevancia del principio de estricta legalidad penal; para así viii) entrar a examinar las disposiciones del presente decreto.

4. Alcance del control de constitucionalidad sobre los decretos legislativos expedidos en virtud de la declaratoria del estado de emergencia.

Ha de empezar por señalarse que para la salvaguarda de los límites impuestos a las atribuciones del Ejecutivo, se establecen una serie de controles, tanto jurídicos como políticos sobre la declaratoria del estado de emergencia y las medidas legislativas adoptadas. La doctrina ha catalogado dichos sistemas de control como de carácter mixto, que no son necesariamente incompatibles o excluyentes toda vez que están dirigidos a examinar aspectos diferentes del ejercicio de las facultades excepcionales¹⁸.

El control político se ejerce por el Congreso de la República y tiene por objeto “deducir la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las

facultades excepcionales (Art. 215 C. P.). La Constitución regula el control político y señala que el Gobierno, en el decreto que declare el estado de emergencia, convocará al Congreso si no se hallare reunido para los diez días siguientes al vencimiento de la declaratoria, y que si no fuere convocado el Congreso se reunirá por derecho propio, con el propósito de examinar el informe motivado que le presentara el Presidente sobre las razones que determinaron la declaración y las medidas adoptadas (Art. 215 C. P.)¹⁹. El Congreso debe pronunciarse expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria”²⁰.

Además del control político que le corresponde al Congreso, tiene asignada una función propia de su naturaleza como lo es que “durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo” (art. 215 superior).

De esta forma, la Constitución mantiene intacta la atribución del Congreso de la República de expedir leyes. Contiene una respuesta constitucionalmente válida al equilibrio entre las distintas atribuciones de las ramas del poder público.

El control jurídico corresponde a la Corte Constitucional que cumple un papel relevante como guardián de la supremacía e integridad de la Constitución (art. 241 superior). Dicho control recae sobre los actos jurídicos adoptados por el Ejecutivo en virtud del estado de emergencia comprendiendo tanto el decreto declaratorio como los expedidos en su desarrollo. Es un control objetivo que implica una labor de cotejo entre el acto emitido y los parámetros normativos de control.

Dichos parámetros de control a los actos del legislador extraordinario están dados por: i) la Constitución Política, ii) los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 93 superior), y iii) la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

Dado que los estados de excepción revisten tres modalidades como son la guerra exterior, la conmoción interior y la emergencia económica, social y ecológica o de calamidad pública, el examen que emprende la Corte debe atender las particularidades o

rasgos distintivos que ofrece cada situación.

Adicionalmente, la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, establece: i) la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos de conformidad con el artículo 93 de la Constitución (art. 3º), ii) los derechos intangibles (art. 4º), iii) la prohibición de suspender los derechos (art. 5º), iv) la vigencia del Estado de derecho (art. 7º), v) la justificación expresa de la limitación del derecho (art. 8º), vi) el que las facultades de esta ley solo pueden utilizarse cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad y demás condiciones y requisitos establecidos en la misma (art. 9), vii) la no discriminación (art. 10) y viii) las prohibiciones como interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público y los órganos del Estado, suprimir y modificar los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento (art. 15).

Puede, entonces, señalarse que el ejercicio de los poderes excepcionales es una actividad reglada. En un Estado social de derecho fundado en el principio de dignidad humana, los derechos humanos deben permanecer inalterables con independencia de la situación de normalidad o anormalidad institucional.

Los derechos y las libertades fundamentales no pueden ser suspendidos²¹, máxime cuando algunos alcanzan por sí mismos el carácter de intangibles²². No obstante, pueden establecerse restricciones a algunos derechos lo cual ha sido denominado por la doctrina constitucional como “la paradoja de los estados de excepción”, al limitarse dichos derechos y libertades fundamentales para beneficio de los mismos²³.

Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte en orden a la interpretación de los límites constitucionales impuestos al legislador de excepción, el examen de constitucionalidad que ha de iniciar esta Corporación, debe comprender, en el contexto del estado de emergencia, los siguientes aspectos generales:

-La conexidad en cuanto a la relación que debe existir entre los hechos que motivan la declaratoria del estado de emergencia y las medidas que en su desarrollo adopte concretamente el Gobierno, lo cual se extrae del artículo 215 de la Constitución, cuando señala que los decretos ley “deberán referirse a materias que tengan relación directa y

específica con el estado de emergencia”²⁴.

-Los principios de finalidad ya que las medidas legislativas deben estar directa y específicamente orientadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos (art. 10, Ley 137 de 1994); necesidad²⁵ porque se deben expresar claramente las razones por las cuales las medidas adoptadas son indispensables para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia (art. 11, Ley 137 de 1994), lo cual comprende la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo; y proporcionalidad²⁶ por cuanto las medidas expedidas deben guardar proporción (si resultan excesivas) con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación al ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad (art. 13, Ley 137 de 1994)²⁷.

-La motivación suficiente toda vez que deben exponerse las razones por las cuales se establecen cada una de las limitaciones a los derechos constitucionales, con el fin de demostrar la relación de conexidad con las causas que originaron la perturbación del orden social y los motivos por los cuales se hacen necesarias (art. 8, Ley 137 de 1994). En el caso de que la medida adoptada no limite derecho alguno resulta menos exigente aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que la justifique.

-La no violación de los derechos humanos y demás límites establecidos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. Envuelve la ausencia de arbitrariedad²⁸, la intangibilidad de ciertos derechos²⁹, la no contradicción específica³⁰ y la no discriminación³¹.

A continuación, se procederá a resaltar el papel del Estado en la economía y particularmente la protección del ahorro público.

5. La intervención del Estado en la actividad financiera y su previa autorización para el manejo de los recursos captados del público. La protección del interés público.

Dentro del régimen económico colombiano acoge importancia las actividades

relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a las cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de interés público, que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y de conformidad con la ley. Así lo dispone el artículo 335 de la Carta Política:

“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

En relación con la naturaleza de la actividad financiera, la Corte ha resaltado el interés general que reviste, toda vez que compromete la ecuación ahorro inversión que ocupa un papel trascendental en el desarrollo económico del país, por lo que la simple captación de los recursos del público debe estar sujeta a la intervención necesaria del Estado³². La sentencia C-1062 de 2003, expresó:

“Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro-inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos.³³ Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo “social de derecho”, en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P. art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la

emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público³⁴”.

La intervención del Estado en la economía³⁵ obedece al cumplimiento de distintas atribuciones conferidas por la Constitución como la redistribución del ingreso y de la propiedad para alcanzar un orden político, económico y social justo (Preámbulo de la Constitución); la estabilización económica (arts. 334, 339, 347, 371 y 373 C.P.); la regulación económica y social de diversos sectores y actividades específicas conforme a los parámetros constitucionales (arts. 49, 150-19, 189-24 y 335 C.P.) y éstas dentro de un contexto de intervención general orientado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y la convivencia social como la propiedad privada en su función social (art. 58 superior), la libertad económica y la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común, la función social de la empresa y las responsabilidades que supone el derecho a la libre competencia económica (art. 333 de la Carta)³⁶.

Los artículos 150, numeral 19, literal d) y 189, numerales 24 y 25 de la Constitución, establecen un reparto de competencias entre las ramas del poder público: el Congreso y el Presidente de la República, para la intervención del Estado en las actividades mencionadas. Al Legislador le entrega la potestad de dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe someterse el Gobierno para efectos de regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora u otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Y al Presidente de la República corresponde la intervención en las actividades proveniente del ahorro de terceros, de acuerdo con la ley, y ejercer, de acuerdo con ella, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen las mencionadas actividades.

Ilustrando aquellos criterios y objetivos generales que en materia de actividad financiera son objeto de regulación por leyes marco pueden ejemplificarse “el señalamiento de la clase de entidades autorizadas para ejercer esas actividades, los requisitos para su

constitución y la necesidad de obtener autorización gubernamental para su funcionamiento, el objeto social que deben perseguir y las operaciones que les son autorizadas a cada una de ellas, las inversiones que les son permitidas, las prohibiciones y limitaciones que deben acatar, la responsabilidad de los administradores, y las condiciones más generales de funcionamiento de esas instituciones³⁷”.

Pautas legales generales que en opinión de esta Corte procuran sentar los lineamientos en orden a que el Presidente de la República ejerza sus facultades de control para que las actividades financiera, bursátil y aseguradora se realicen bajo condiciones adecuadas de seguridad y transparencia, cuenten con los niveles de patrimonio idóneos para salvaguardar su solvencia, democratizen el crédito y promuevan la libre competencia bajo condiciones de equidad y equilibrio³⁸.

En relación con la competencia del Gobierno en desarrollo de las leyes marco, esta Corte ha resaltado que “está facultado legalmente para utilizar ciertos instrumentos concretos de intervención, como el autorizar particularmente las operaciones que puedan realizar las entidades y fijar ciertas condiciones respecto de las mismas (plazos, clases y montos de garantías, etc.), establecer normas relativas a los niveles de patrimonio exigidos de acuerdo con los distintos riesgos asociados con la actividad, limitar o prohibir, por razones de seguridad financiera, el otorgamiento de avales y garantías por parte de las entidades objeto de intervención, determinar el margen de solvencia, el patrimonio técnico mínimo y el régimen de inversiones de las entidades vigiladas, etc.³⁹”⁴⁰.

Atribuciones gubernamentales que le permiten ejercer, de conformidad con la ley, funciones específicas de policía administrativa como son las de inspección, vigilancia y control a través de las superintendencias, como la Financiera, de la Economía Solidaria y de Sociedades, en virtud de la desconcentración y delegación de funciones (art. 209 de la Constitución)⁴¹.

La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, encuentra su fundamento en que las mismas “comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la

importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación⁴², de la Corte Suprema de Justicia⁴³ y del Consejo de Estado⁴⁴ como un servicio público⁴⁵.

Ahora bien, sobre las actividades en mención (artículo 335 superior), se establece un régimen de intervención estatal de carácter reforzado por tratarse de una actividad económica que, como se ha dicho, compromete el interés público, la confianza en el sistema financiero y la estabilidad macroeconómica del país. Así mismo, en este sector se justifica una mayor restricción de las libertades económicas (artículo 189-24 de la Constitución), que implica un incremento de los poderes de las entidades del Estado en ejercicio de la función de policía administrativa⁴⁶.

Por lo tanto, el ejercicio de la libertad de empresa y de asociación en cuanto a la constitución de entidades financieras se encuentra sujeto a límites constitucionales, legales y reglamentarios como actividad reglada que es, no previsto para otras categorías de actividades industriales y comerciales. Para el ejercicio de la actividad financiera se debe contar previamente con la autorización del Estado, siendo, entonces, objeto de inspección, vigilancia y control por organismos gubernamentales de carácter técnico como la Superintendencia Financiera de Colombia.

El artículo 8º del Decreto 4327 de 2005, señala como objetivo de la Superintendencia Financiera el “supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados”. Es decir, tiene como función el hacer cumplir las condiciones previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF (Decreto 663 de 1993), para la constitución y la obtención de la respectiva autorización, y así poder asegurar la protección del ahorro público, la confianza en el sistema, garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos, en especial, relacionados con el lavado de activos, proteger los intereses de terceros de buena fe que pueden resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas, y asegurar la estabilidad macroeconómica del país⁴⁷.

Por último, debe también resaltarse las atribuciones conferidas a la Superintendencia de la Economía Solidaria como organismo técnico del Estado encargado de la supervisión integral de la economía solidaria⁴⁸ y la Superintendencia de Sociedades como organismo técnico que ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles y empresas unipersonales⁴⁹.

6. El orden económico social como bien jurídico garantizado constitucional y legalmente. El poder punitivo ordinario y sus límites.

El “orden público económico”, como sistema de organización y planificación general de la economía de un país, es objeto de tutela jurídica por razones de interés público y conveniencia nacional. En palabras de la Corte hace relación⁵⁰:

“al sistema de organización y planificación de la economía instituida en un país...(S)e consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que ‘... al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución’⁵¹”.

Las obligaciones constitucionales que en el ámbito económico y social le corresponden al Estado exigen del mismo la implementación de políticas institucionales y la disposición de herramientas idóneas para su ejecución. Además, se manifiesta en la expedición de una reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico. Así se consagran en el ordenamiento jurídico una serie de medidas i) administrativas y ii) jurisdiccionales que pretenden proteger el bien jurídico denominado “orden económico social”⁵².

Bien jurídico que se constituye en objeto de garantía por el Estado, particularmente por el

derecho punitivo. El legislador en desarrollo de la configuración de la política criminal, se encuentra habilitado para elevar a la categoría de delitos las conductas lesivas del orden económico social⁵³.

Desde esta perspectiva, se está en el ámbito del “derecho penal económico”. En otras palabras, frente a una disciplina denominada por la doctrina moderna “derecho penal del orden socioeconómico”, cuya finalidad es la protección del orden económico social del Estado sobre el comportamiento delictivo⁵⁴.

La doctrina especializada lo ha definido como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico social, dando lugar i) a una concepción estricta, según la cual es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía y ii) a una concepción amplia, como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁵⁵.

A las conductas delictivas sobre el orden económico y social del Estado, la doctrina las ha catalogado como “delincuencia económica”, “delincuencia de cuello blanco”, “delincuencia de caballeros” o “delincuencia profesional”⁵⁶.

También, ha destacado la doctrina que el delincuente económico reviste unas particularidades que lo diferencian del delincuente común, toda vez que sobre aquél no se tiene la percepción de peligrosidad (imperceptibilidad), al contar con la simpatía, la confianza y el status social que le facilita llevar a cabo su conducta delictiva; al igual, que se sirven cada vez de mecanismos más sofisticados y novedosos que le dificulta a las autoridades su descubrimiento oportuno y la sanción correspondiente⁵⁷. La apariencia externa de licitud ha sido catalogada como una de las notas características del delito económico⁵⁸.

El Código Penal colombiano incluye en el Título X, los delitos contra el orden económico social, cuyo Capítulo Primero refiere al acaparamiento, la especulación y otras infracciones (arts. 297 a 313), el Capítulo Segundo a los delitos contra el sistema financiero (arts. 314 a 317), el Capítulo Tercero a la urbanización ilegal (art. 318), el Capítulo Cuarto al contrabando (arts. 319 a 322-1), el Capítulo Quinto al lavado de

activos (arts. 323 a 327) y el Capítulo Sexto al apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan y otras disposiciones (327A a 327E).

En cuanto al alcance del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte ha señalado que le asiste al legislador un amplio margen de configuración bajo los límites establecidos por la Constitución Política y los tratados internacionales de derecho humanos (art. 93 superior)⁵⁹. En la sentencia C-420 de 2002, se sostuvo:

“Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático⁶⁰.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental”.

En cuanto al bien jurídico “orden económico social”, el legislador penal ordinario goza de un amplio margen de discrecionalidad para “describir, en atención a determinados criterios de política criminal, los elementos e ingredientes del tipo legal y la pena respectiva, siempre que actúe en forma razonable y dentro de los límites que le impone la Constitución, buscando que las normas que se expidan contribuyan a la realización material de los fines del Estado Social de Derecho”⁶¹.

En esa medida, bien puede el legislador “crear o suprimir figuras delictivas, introducir

clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado”⁶².

La Corte, en una decisión que examinó la constitucionalidad de un decreto legislativo expedido en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior, tuvo la oportunidad de referir a las restricciones constitucionales al poder punitivo ordinario del Estado. En la sentencia C-939 de 2002⁶⁴ aludió a los criterios que deben aplicarse tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible, como pasa a exponerse:

“Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)⁶⁵ y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”⁶⁶. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca⁶⁷.

Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos⁶⁸, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional⁶⁹. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales⁷⁰, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia⁷¹ y, en general, el bloque de constitucionalidad.

Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado

que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad⁷² del tipo, así como de la sanción⁷³. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional”.

Puede, entonces, concluir la Corte que el ejercicio del poder punitivo ordinario del Estado en relación con los delitos contra el orden económico social, se encuentra sujeto a los límites establecidos por el ordenamiento constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

7. Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de excepción y particularmente en el estado de emergencia.

7.1. Las facultades del Ejecutivo durante los estados de excepción y su interpretación restrictiva. La potestad de modificar la legislación preexistente.

La Corte ha señalado que las potestades gubernamentales durante los estados de excepción se encuentran sujetas a los límites establecidos por la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior) y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción⁷⁴.

Los estados de excepción no excepcionan la Constitución. Al contrario, constituyen situaciones legitimadas por la misma Constitución Política y el orden internacional de los derechos humanos. Universalmente los sistemas jurídicos contemplan la posibilidad de que los gobiernos puedan adoptar medidas excepcionales para hacer frente a situaciones de crisis.

En palabras de la Corte, son situaciones “previstas y consentidas por la Constitución”⁷⁵. Frente a la aparición de circunstancias excepcionales que subviertan el normal funcionamiento del Estado, la Constitución autoriza los estados de excepción como expresión de su auto conservación y garantía del orden social existente.

Los estados de anormalidad institucional constituyen el reflejo del principio de precaución, por cuanto “en lugar de esperar la ruptura completa del orden

constitucional”⁷⁶, la Constitución habilita al Ejecutivo para responder de manera preventiva a la crisis generada con el objeto de conjurar oportuna y adecuadamente la grave perturbación del orden.

Conscientes de la necesidad de dotar de capacidad de respuesta e inmediatez al Estado, el Constituyente de 1991 facultó al órgano Ejecutivo para declarar los estados de excepción y expedir decretos legislativos de desarrollo. Ello no comporta la supresión del Estado de derecho por un Estado de poder, sino la adecuación del Estado de derecho a una situación de carácter excepcional.

Ahora bien, ante tal situación excepcional la Carta Política le confiere al Presidente de la República poderes extraordinarios, los cuales no son absolutos al encontrarse sujetos a diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios que fundamentan el Estado de derecho.

En esa medida, el Ejecutivo se encuentra facultado para dictar “decretos con fuerza de ley”, que en voces de la Corte implica que “se invierte el principio democrático”⁷⁷ para poder responder con prontitud a la grave alteración del orden público.

En la sentencia C-353 de 1997⁷⁸, la Corte al abordar el alcance del artículo 215 de la Carta, precisó cuáles son las razones constitucionales de la concentración en el Ejecutivo de las atribuciones que de ordinario le corresponden al Congreso de la República. Expuso:

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

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

Entonces, está habilitada constitucionalmente la asunción extraordinaria por el Ejecutivo de la función legislativa con lo cual se persigue articular un eficiente mecanismo de respuesta⁷⁹.

Como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-179 de 1994, que examinó la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, los decretos legislativos que expida el Gobierno Nacional durante el estado de emergencia “a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, pueden reformar o derogar la legislación preexistente”.

Como quiera que se trata de una situación excepcional traducida en una afectación del principio democrático (ley es dictada por el legislador), la Constitución Política impone una serie de condicionamientos y restricciones de las cuales se deriva la interpretación restrictiva de las facultades gubernamentales, única opción compatible con un Estado democrático⁸⁰.

Los estados de excepción demandan normas que se adecuen a la nueva situación excepcional, habilitándolo para instituir medidas legislativas que generalmente resultan más drásticas, es decir, con un mayor poder disuasivo, sin que ello se constituya en un beneplácito para cercenar los derechos y libertades fundamentales⁸¹. De ahí que tome importancia la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior) y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, al igual que los controles jurídicos y políticos instituidos para limitar el abuso del poder.

7.2. La jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio del poder punitivo en el estado de conmoción interior.

El artículo 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, previó el ejercicio del poder punitivo para el estado de conmoción interior⁸².

En dicha ocasión la Corte refirió al régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de excepción y particularmente en el estado de conmoción interior. Luego de recordar que la Constitución Política únicamente autoriza la restricción de los derechos y en ningún caso su suspensión, la Corte señaló que el examen de constitucionalidad que le corresponde efectuar sobre los decretos expedidos durante los

estados de excepción no puede resultar idéntico al previsto para situaciones de normalidad institucional, dada la facultad gubernamental de establecer restricciones más intensas, que impone la necesidad de revalorar los límites a tales potestades del Gobierno.

En esa medida, la decisión en mención refirió a las restricciones establecidas en la expedición de tipos penales durante el estado de conmoción. Precisó que tienen alcances distintos según se trate de la definición o de la sanción imponible.

Tratándose de la definición del tipo penal expuso las siguientes restricciones: (i) principio de restricción material o la definición constitucional de los bienes jurídicos tutelados, (ii) principio de finalidad -competencia para conjurar peligros concretos-, (iii) principio de necesidad -motivación de la relación de conexidad y deber de reflejar dicha conexidad respecto de los sujetos activos de los hechos punibles (exigencia de una diferenciación suficiente)- y iv) estricta razonabilidad y proporcionalidad⁸⁴.

Además, atendiendo las particularidades que reviste el estado de conmoción interior, la Corte aludió a la temporalidad de las medidas legislativas adoptadas que tiene como efecto la absoluta prohibición de su prolongación más allá del término previsto en la Constitución.

En cuanto a las restricciones relativas a las sanciones penales durante el estado de conmoción, la Corte admitió que se introduce dentro del juicio de proporcionalidad un elemento de eficacia normativa que recae sobre la sanción. Señaló que el Gobierno se encuentra sujeto a las siguientes restricciones: (i) cuando se trata de conductas que al momento de decretar el estado de conmoción no estaban consideradas como punibles en la legislación ordinaria, las sanciones impuestas deben ser de tal naturaleza que puedan tener su plena efectividad durante la vigencia del estado de excepción; y (ii) si se refiere a comportamientos que están sancionados en la legislación ordinaria, la pena señalada en la nueva disposición no puede superar el máximo del tipo penal correspondiente, con los agravantes de la legislación ordinaria previstos para dicho tipo, consagrados en el Código Penal⁸⁵.

En esa medida, refirió a las consecuencias que se derivan en orden a la modificación de un tipo penal existente y a la tipificación de nuevas conductas, para finalmente referir

al tránsito normativo y la ruptura jurídica.

Conforme a lo anterior, la Corte estimará los presupuestos mencionados en orden a la especialidad que instituye el estado de emergencia.

7.3. Las particularidades del estado de emergencia y la posibilidad de adoptar medidas legislativas penales.

La adopción de medidas legislativas penales durante el estado de emergencia no ha sido un asunto ajeno a la historia constitucional colombiana.

En el año de 1982 el Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 2919 declaró el estado de emergencia económica, motivado principalmente por el descubrimiento en algunas instituciones financieras de actividades especulativas para adquirir el control, concentración de la propiedad de las acciones y del crédito, conductas dolosas para burlar los límites legales, prácticas destinadas a facilitar la evasión de los deberes fiscales y diversas formas de abuso del derecho de propiedad, lo cual sobrevino en una crisis de la confianza pública, originando situaciones de iliquidez que comprometieron la política monetaria y generaron dudas respecto a la aptitud de determinados sectores de la economía y sus obligaciones laborales y comerciales.

Con base en dicho decreto declaratorio, hallado exequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 83 de 18 de noviembre de 1982, se expidió el Decreto Legislativo 2920 de 1982, “Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero”, estableciendo en el Capítulo III la protección penal de la confianza en el sistema financiero y de esta forma tipificando algunas conductas penales (arts. 18, 19 y 20).

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 85 del 2 de diciembre de 1982, declaró exequibles tales disposiciones. En respuesta a la censura por algunos impugnantes porque el decreto legislativo creó figuras de ilicitud de orden penal y determinó competencias para conocer de las mismas, modificando consiguientemente los códigos penal y de procedimiento penal, ese alto Tribunal expuso:

“Determinadas reiteradamente las atribuciones del Gobierno en el estado de

emergencia económica, añadir otras consideraciones a fin de reconocer que aquellas medidas, también se acomodan constitucionalmente a las dichas atribuciones del Gobierno, resultaría evidentemente superfluo.

Con todo es oportuno tener en cuenta que la Corte, en forma que muy bien puede calificarse de tradicional ha sostenido que el Gobierno, en uso de las facultades propias del estado de sitio puede obrar de tal manera y modificar por lo tanto concretamente los códigos Penal y de Procedimiento Penal, lo cual desde luego y supuestos el origen y la evolución del estado de emergencia económica, en relación con el estado de sitio ya mencionados en otra parte de esta providencia, viene a ser rigurosamente aplicable también a la primera situación de crisis mencionada.

Efectivamente la Corte en sentencia de octubre 30 de 1978 al estudiar y definir la constitucionalidad del Decreto número 1923 del mismo año, invocando además decisiones anteriores, expresó lo siguiente:

‘La creación de nuevas figuras delictivas e infracciones policivas, así como la reestructuración de las existentes y al establecimiento de las consiguientes sanciones, es una facultad indiscutible del Gobierno en estado de sitio. La presencia de nuevas modalidades criminales puede ser precisamente la causa de la perturbación justificativa de la implantación o mantenimiento del estado de sitio, ya que aquéllas no se pueden afrontar dentro de la legalidad normal’...

Por supuesto, la mención de tales antecedentes jurisprudenciales tiene como estribo constitucional la naturaleza y amplitud de las facultades del Gobierno en las mentadas situaciones de crisis, así como también las finalidades perseguidas con las medidas correspondientes, y sin desconocer por lo tanto que en el estado de sitio aquéllas tienen una vocación de transitoriedad, al paso que en el estado de emergencia económica la tiene de permanencia, por voluntad expresa del constituyente.

Por otra parte encuentra la Corte que en la relación ya aludida de administración-economía-derecho, propia del estado moderno, siempre han corrido parejas las crisis de orden económico, con el incremento y la aparición de una criminalidad de igual naturaleza, por lo cual ya no resulta razonablemente inadmisibles la existencia de un Derecho Penal Económico, cuyo vigor e importancia, han conducido de antiguo a la aparición de una

serie de ramificaciones del mismo, tales como el Derecho Penal Fiscal, el Derecho Penal de las sociedades y el Derecho Penal financiero entre otras.

Basarse, cuando se habla de delitos económicos a fin de desconocer su incontrastable realidad, en una hipotética vaguedad del bien jurídico protegido, no es aceptable jurídicamente. Igual cosa puede predicarse de muchos de los bienes jurídicos tutelados en las codificaciones punitivas, constituyendo tradicionalmente un agudo punto de controversias y de soluciones de muy diversa índole, en que a la postre cada Código Penal adopta un criterio distinto de los otros. Lo más que podría aceptarse en este caso es que se trata como en tantos otros, de un bien jurídico polivalente, en que se protege tanto el orden público económico, como el patrimonio de los particulares.

...

Tampoco encuentra la Corte en punto a la tipificación de los delitos económicos que sea dable la aceptación de reparos de constitucionalidad”.

Así las cosas, no puede desconocerse como punto de referencia histórica que la Corte Suprema de Justicia ha avalado constitucionalmente tipos penales producto del estado de emergencia. No obstante, es necesario tener presente que la discusión no era si el Ejecutivo bajo los estados de excepción podía tipificar conductas, sino si en una emergencia económica, cabrían ese tipo de medidas.

Ingresando a la Constitución Política de 1991, las modalidades de los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior y emergencia), a pesar de algunos elementos comunes que los identifican, revisten particularidades que las diferencian entre sí las cuales atienden a su naturaleza⁸⁶.

El artículo 215 de la Constitución (estado de emergencia) parte de exponer hechos distintos a los previstos en los artículos 212 (guerra exterior) y 213 (conmoción interior). Tal disposición expone la presencia sobreviniente de hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública.

De ahí la importancia que el legislador cumpla una función preventiva en orden a

responder con inmediatez y bajo los estrictos parámetros de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, a las causas generadoras de la grave alteración del orden económico y social.

Con la declaración del estado de emergencia podrá el Presidente de la República dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Además, los decretos expedidos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia.

En consecuencia, no es una potestad presidencial liberada a los abusos del poder, dado que la misma Constitución se ocupó de establecer precisos y estrictos límites a las facultades extraordinarias del Ejecutivo.

La habilitación constitucional para expedir decretos con fuerza de ley, permite al Ejecutivo asumir temporalmente (durante el estado de emergencia) las funciones propias del Legislador ordinario, excepcionando de esa manera el paso por el Congreso (respuesta que el legislador a causa de los trámites y procedimientos propios de la formación de leyes no puede otorgar prontamente), pero no la observancia de la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

En la sentencia C-135 de 200987, que declaró ajustada a la Constitución la declaración del estado de emergencia social, al traer a colación la sentencia C-122 de 1997, se sostuvo: “En realidad, no podía ser de otra manera si se repara en los efectos jurídicos que se asocian al mismo, los que tienen que ver con la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. El estado de emergencia puede, en este sentido, autorizar al ejecutivo a regular materias íntimamente ligadas a la representación política y a la deliberación democrática, como son las relativas al presupuesto y a la imposición de tributos... Se comprende que sólo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario cuyos efectos perturbadores o amenazantes del orden económico, social o ecológico, sean graves e inminentes, y que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, se pueda acudir al método excepcional de gobierno monocrático de la economía que se conoce con el nombre de

estado de emergencia”.

También ha de indicarse que apreciado el ordenamiento constitucional en su conjunto y particularmente el artículo 215, al igual que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, no se extrae prohibición alguna para que el legislador extraordinario pueda expedir normas penales. La norma constitucional citada no establece restricciones en cuanto a la materialidad o temática de los decretos legislativos a expedir y por ello resulta bastante difícil entrar a derivar competencias excluidas.

Con ello no se quiere significar que todo está permitido, pero sí es relevante que el Estado pueda disponer de mecanismos de respuesta idónea y oportuna contra el accionar delincencial. La posibilidad de crear o modificar tipos penales durante el estado de emergencia económica y social puede resultar de vital importancia para la supervivencia del Estado.

Dado que existe una concepción amplia de orden público, no existe un tipo de medida predeterminado para cada categoría de estado de excepción, sino que es en cada caso concreto cuando el Ejecutivo evalúa cuál es la medida excepcional requerida para restablecer el orden público. De este modo, es posible acudir al poder punitivo excepcional, pero siempre sometido a los límites constitucionales y estatutarios.

De otra parte, no es ajena al Presidente de la República la responsabilidad constitucional en el manejo de la economía y particularmente sobre la actividad financiera.

En el mundo contemporáneo no puede sostenerse que el comportamiento delictivo esté relativizado a los estados de conmoción interior y la guerra exterior. No resulta extraño que la declaración del estado de emergencia y las medidas legislativas que la desarrollen busquen contrarrestar la delincuencia económica.

El orden económico social reviste de vital importancia para la existencia del Estado y particularmente las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a las cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de interés público.

Podría endilgarse que la posibilidad de adoptar tipos penales durante los estados de

excepción sólo fue prevista por el legislador estatutario para la conmoción interior (art. 44, Ley 137 de 1994), excluyendo así toda posibilidad de su aplicación para las demás modalidades de los estados de excepción, como el estado de emergencia.

Una interpretación como la expuesta, abonaría el camino hacia la inercia total del Estado para afrontar las distintas modalidades de delincuencia económica. Limitaría todo margen de manejo, oportunidad y capacidad de respuesta para conjurar las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia.

Recuérdese que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, no hace una enumeración taxativa de las medidas legislativas que pueden ser adoptadas durante los estados de excepción, sino que deja en manos del legislador extraordinario un amplio margen de maniobra para expedir la normatividad que encuentre necesaria para el restablecimiento del orden público, siempre que se ajuste a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

La Ley Estatutaria de los Estados de Excepción no agota todas las materias y sus previsiones no conllevan necesariamente a que sean excluyentes de otras situaciones.

Así lo recordó la Corte en la sentencia C-1007 de 2002, al examinar el decreto legislativo 1975 de 2002 que suspendió la Ley 333 de 1996 y reguló la acción y el trámite de la extinción de dominio, expedido en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior. En tal decisión, la Corte respondió a la afirmación consistente en que el artículo 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, al disponer que durante la conmoción interior, mediante decreto se podrán modificar “las disposiciones de procedimiento penal y de policía”, no podría el legislador extraordinario reformar el trámite de la acción de extinción de dominio por no adecuarse a los presupuestos de la norma legal. La Corte al descartar tal conclusión expuso, entre otras razones:

“(L)a ley estatutaria de estados de excepción, sin duda, racionalizó y limitó el ejercicio de las facultades con que cuenta el Gobierno Nacional en estos casos, constituyendo un gran avance en la materia. En esencia, esta ley precisa el contenido y alcance de conceptos jurídicos indeterminados que figuran en el texto de la Constitución (vgr. necesidad, finalidad, proporcionalidad y no discriminación), fija límites a las restricciones

de los derechos humanos e indica determinadas medidas que además, en el marco de la Constitución, pueden ser adoptadas durante estados de excepción.

En este orden de ideas, conviene precisar que una interpretación sistemática de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, en armonía con la Constitución, le permite a la Corte afirmar que aquélla no hace una enumeración taxativa de las medidas que pueden ser adoptadas durante los estados de excepción, sino que por el contrario, deja al legislador extraordinario un amplio margen de maniobra para tomar las disposiciones que considere necesarias para el restablecimiento del orden público, siempre y cuando se ajusten a la Constitución y a la propia ley estatutaria de los estados de excepción.

...

Estamos en presencia de un caso no regulado expresamente en la ley pero no por ello prohibido, como quiera que respeta los principios generales que orientan a la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, principios que, como señalamos, desarrollan directamente la Constitución”.

De igual forma, el artículo 38 de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, señala que durante la conmoción interior el Gobierno tendrá “además” otras medidas concretas de intervención. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha juzgado de manera amplia las potestades que no estén explícitamente descritas en las normas constitucionales y estatutarias⁸⁸.

Entonces, si bien es cierto que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción consagró bajo la denominación “poder punitivo”, la posibilidad de tipificar penalmente conductas y aumentar las penas para el estado de conmoción interior, no por ello puede llegarse a la conclusión excluyente y definitiva de su no aplicación a las demás modalidades de los estados de excepción, como el estado de emergencia económica y social.

La no regulación expresa de una facultad en dicha ley estatutaria no puede derivar necesariamente en su prohibición. Dentro de las medidas legislativas que puede adoptar el legislador extraordinario en el estado de emergencia, se contemplan las de

orden penal a efectos de que el Estado pueda responder de manera oportuna e idónea a la amenaza o perturbación grave e inminente del orden económico y social. No se traiciona, entonces, el principio democrático, al contrario, se profundiza en la democracia.

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

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

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

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

Ahora bien, los tipos de medidas que puede adoptar el Ejecutivo en ejercicio de las facultades excepcionales deben estar “destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”, adicionalmente, los decretos deben referirse a “materias que tengan relación directa y específica con el estado de

emergencia”, como lo exige expresamente el artículo 215 superior.

De ahí que las medidas legislativas penales se encuentran restringidas a aquellas que resulten estrictamente necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos y que guarden estrecha relación con el estado de emergencia.

La posibilidad del legislador excepcional para expedir normas penales durante el estado de emergencia económica y social, no significa que esté exento de cumplir con los controles que le imponen la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

Al comprender las facultades gubernamentales la expedición de disposiciones penales, es claro que el control de constitucionalidad que corresponde a esta Corporación debe ser más riguroso, toda vez que están en juego caros principios del ordenamiento constitucional y el orden internacional de los derechos humanos, como son el democrático, de reserva de ley, de legalidad, de libertad y pro homine.

En ese orden de ideas, la Corte encuentra necesario señalar las limitaciones que se imponen al legislador extraordinario cuando hace uso de la potestad punitiva en el estado de emergencia económica y social. Respetando las particularidades que ofrece dicho estado, la Corte acogerá en sus aspectos pertinentes las restricciones establecidas en la sentencia C-939 de 2002. Por lo tanto, el examen de constitucionalidad que habrá de realizarse comprenderá específicamente:

(i) Juicio de restricción material. Corresponde a la definición constitucional de los bienes jurídicos tutelados. La expedición de decretos legislativos durante la emergencia económica y social no está sujeta a la libre voluntad del Gobierno. Por el contrario, se encuentra limitada por los bienes jurídicos protegidos por la Constitución.

Así para el caso de la emergencia, el artículo 215 de la Constitución se encamina a proteger el “orden económico, social y ecológico del país” o que constituyan grave calamidad pública. Esto implica que la protección de tales bienes jurídicos define materialmente el ámbito de competencia que se otorga al Gobierno.

De suerte que el poder punitivo del Gobierno, en cuanto a la tipificación de aquellas

conductas o modificación de los tipos penales, debe incluir de manera expresa como objeto de protección los mencionados bienes jurídicos. No podrá crear tipos o modificar los existentes si no existe relación alguna entre el tipo penal y la protección del orden económico, social y ecológico. Sólo es posible sancionar aquellos comportamientos que afecten de manera directa los citados bienes jurídicos definidos constitucionalmente. La protección autónoma de otros bienes jurídicos está reservada al legislador.

(ii) Juicio de finalidad. Hace referencia a la competencia para conjurar peligros concretos. Esta restricción no apunta a la delimitación de los bienes jurídicos tutelados sino a los criterios que puede utilizar el Gobierno para describir la conducta perturbadora del orden. No son admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden económico, social y ecológico, sino que demanda una precisión sobre la manera concreta de alterar en forma grave e inminente dicho orden.

La descripción de los tipos penales debe estar efectivamente dirigida a proteger los bienes jurídicos constitucionales involucrados en el tipo penal. No es la posibilidad abstracta y teórica de la amenaza a los bienes jurídicos en cuestión, sino que se debe probar que existe una amenaza concreta a los mismos, identificando los posibles agresores y las conductas que implican la concreción del peligro.

Los tipos penales, aunque se contemplen como pluriofensivos, deben contener elementos que permitan identificar conductas que de forma inmediata y directa ponen en peligro tales bienes jurídicos. Se debe verificar en el caso concreto si las conductas están en relación directa con las causas y motivos que expresamente se señalaron en el decreto que declaró la emergencia.

Por consiguiente, los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia.

(iii) Juicio de necesidad. Se manifiesta en la motivación de la relación de conexidad y en el deber de reflejar esa conexidad respecto a los sujetos activos de los hechos punibles - exigencia de una diferenciación suficiente-.

Exige que se exprese claramente las razones por las cuales se estima que determinadas conductas punibles realizadas por ciertas personas tienen capacidad de perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país.

El artículo 8º de la Ley 137 de 1994, establece el deber del Estado de “señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales, de manera tal que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarios”. Además, en relación con la necesidad, el artículo 11 de la misma ley dispone que “los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.

El principio de necesidad se deriva del hecho que la Carta limita las facultades gubernamentales a aquellas “destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”. Así, mientras el principio de finalidad impone diseñar tipos penales de peligro concreto, el juicio de necesidad obliga a establecer cómo tales conductas generan un peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados.

La obligación de incluir únicamente las conductas que inequívocamente se dirigen a afectar los bienes jurídicos tutelados durante la emergencia, significa que el Gobierno está obligado a diseñar un tipo penal que satisfaga el criterio de suficiente distinción. De esta manera, se revela insuficiente (innecesaria en cuanto no parte de la relación causal que se pretende enfrentar) el tipo penal que dada su amplitud incluye dentro del grupo de conductas perseguidas aquellas que no afectan los bienes jurídicos de la emergencia. Solamente se podrá tipificar las conductas que en forma directa estén relacionadas con las causas y motivos que en concreto dieron lugar a la emergencia.

(iv) Juicio de estricta razonabilidad y proporcionalidad. El legislador estatutario señaló que “la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad” (art. 13, Ley 137 de 1994).

Este juicio puede desarrollarse en las siguientes etapas: la finalidad que se persigue con la restricción de los derechos y libertades es de manera absoluta y única la

protección de los bienes jurídicos concernientes al “orden económico, social y ecológico”, que comprende el objetivo de “conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”; la idoneidad de la medida busca demostrar que con la punición se logra la realización de dicha finalidad; la necesidad se orienta a demostrar que los tipos penales existentes (o las sanciones previstas) no permiten realizar el fin legítimo; y, finalmente, que la manera en que se define el tipo no implique una restricción inadmisibles (vulneración del núcleo esencial) o excesiva del derecho constitucional involucrado, así como la sanción prevista no resulte desmedida en relación con la gravedad del hecho.

Cuando existen tipos penales que castigan las conductas que el Gobierno considera turbadoras del orden económico, social y ecológico, tiene la obligación de explicar suficientemente por qué resultan incompatibles con el estado de emergencia. Así, no resulta suficiente una justificación (i) que se limita a señalar que determinadas disposiciones son incompatibles con el estado de emergencia sin ofrecer argumento alguno que lo demuestre, o (ii) que la argumentación no resulte coherente y racional, es decir, que los argumentos expuestos por el Gobierno no sean comprensibles o que no tengan aptitud suficiente para dar cuenta de las razones por las cuales las conductas existentes son incompatibles con la emergencia.

En cuanto a las medidas punitivas, la Constitución ordena que exista una relación de proporcionalidad entre éstas y la gravedad de las circunstancias que se enfrenta. Este elemento convierte el juicio en uno de estricta proporcionalidad, que según el mandato constitucional implica que, además de considerar si el tipo conlleva a una restricción inadmisibles o excesiva del derecho constitucional involucrado, se analice la capacidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados por parte de la conducta que se busca reprimir y la manera en que se define, bien sea el tipo penal o la sanción que se impone, a fin de establecer si en sí mismo se revelan excesivos. De este modo, conductas que tienen una relativa capacidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados no admiten un régimen punitivo igual o más extremo que otras conductas que tienen una mayor capacidad turbadora del orden.

No obstante, las restricciones que acaban de mencionarse sobre el poder punitivo del legislador excepcional durante el estado de emergencia económica y social, no agotan la totalidad de las limitaciones que pueden derivarse de la Carta Política, los

tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

Es preciso examinar la vigencia de las medidas legislativas penales en los estados de emergencia.

1. La necesaria temporalidad de las medidas legislativas penales expedidas durante el estado de emergencia. La relevancia del principio de estricta legalidad penal.

Apreciado el artículo 215 de manera aislada al resto del ordenamiento constitucional, de su tenor literal puede apreciarse:

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

...

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

Lo anterior ha permitido sostener a la manera de glosa general que los decretos legislativos que se dicten durante el estado de emergencia son permanentes excepto en el evento de las normas que establecen o modifican tributos. En la sentencia C-179 de 1994, que examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, se manifestó al respecto:

“Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder

legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes, los cuales “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”.

Y se reiteró en la sentencia C-353 de 199789 al señalar:

“(A) a diferencia de los decretos dictados con ocasión de los estados de excepción reseñados, los decretos legislativos proferidos con fundamento en la emergencia económica, social, ecológica, o por grave calamidad pública, tienen una vigencia indefinida, salvo si regulan la creación o aumento de un impuesto, caso en el cual, dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, si el Congreso no decide darles carácter permanente. Por tanto, los decretos legislativos dictados durante la emergencia económica rigen mientras el Congreso no decida hacer uso de la atribución que le otorga el inciso sexto del artículo 215 de la Constitución.

...

De esta manera, la vigencia de los decretos legislativos dependerá de la voluntad del Gobierno o del Congreso, según el caso, pues éste último, en todas aquellas áreas que no sean de iniciativa gubernamental, puede ejercer su competencia en cualquier tiempo. La facultad del Congreso de reformar, modificar, o derogar las medidas dictadas por el Presidente de la República en época de emergencia, hace parte del control político que aquél ejerce sobre el Gobierno Nacional al declarar el estado de emergencia. Control que permite al legislador no sólo examinar las causas que dieron origen a su declaración, y evaluar la conveniencia y oportunidad de las medidas, sino retomar su función de legislar y, por tanto, dictar medidas que permitan solucionar definitivamente la situación de anormalidad”.

Ahora bien, la Corte aprecia que esta es la primera oportunidad en que bajo la vigencia de la Carta Política de 1991, se adoptan por el legislador excepcional en la modalidad del estado de emergencia, disposiciones de orden penal a efectos de conjurar la crisis social e impedir la extensión de los efectos.

Ello hace necesario que esta Corte examine detenidamente la temporalidad de las

medidas legislativas cuando conciernen al ejercicio del poder punitivo del Estado, toda vez que están en juego intereses superiores como los de orden internacional sobre derechos humanos que deben considerarse conjuntamente, máxime cuando podrían provocarse efectos no deseados, en tanto el Gobierno siempre estaría tentado a escoger la modalidad del estado de excepción que mayores facultades le otorgase y menos restricciones le impusiera con independencia de la crisis que tuviera que enfrentar.

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

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

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

Como lo sostuvo el Relator especial para los estados de excepción de las Naciones Unidas, Dr. Leandro Despouy, una adecuada regulación y correcta aplicación de los estados de excepción salvaguarda el equilibrio de los tres poderes del Estado y posibilita el buen funcionamiento de los mecanismos de control interno “por lo que el impacto de las medidas de excepción sobre el ejercicio de los derechos humanos es transitorio, limitado y compatible con el sistema democrático de gobierno” 91.

Una interpretación conjunta y finalística de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior) y de la Ley Estatutaria de los Estados de

Excepción, conducen a la Corte sostener que el principio de legalidad de la ley penal, propio del régimen democrático, no puede ser restringido de manera intemporal (vigencia de los decretos) cuando el legislador excepcional ha hecho uso del poder punitivo durante el estado de emergencia⁹².

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

Según el artículo 28 de la Constitución “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Además, el artículo 29, ejusdem, señala “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Conforme a dichas disposiciones constitucionales, se está frente al deber de observar el principio de estricta legalidad, que en palabras de la Corte se erige en el Estado de derecho en un principio rector del ejercicio del poder en tanto no existe facultad, función o acto que puedan desarrollarse que no esté prescrito, establecido o definido en forma expresa, clara y precisa en la ley⁹³.

En materia penal dicho principio comporta aspectos que la doctrina especializada reconoce como los principios legalistas que rigen el derecho penal⁹⁴. La Corte⁹⁵ ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)⁹⁶ y (ii) que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”⁹⁷.

De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad) y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca⁹⁸.

La Corte Constitucional ha precisado el alcance que debe darse al artículo 29 de la Constitución, en relación con los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena⁹⁹. En la sentencia C-592 de 2005, se sostuvo:

“El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”¹⁰⁰. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)¹⁰¹.

Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.

Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la norma

sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.¹⁰²”

La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad¹⁰³, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal¹⁰⁴.

Así mismo, la Corte resalta que dentro del listado establecido en el artículo 4° de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción¹⁰⁵, en relación con los derechos intangibles, se hace mención expresa a los principios de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal. Adicionalmente, los artículos 5° sobre prohibición de la suspensión de derechos y 15 en cuanto a las prohibiciones, exponen que se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución y no se podrá interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público, ni de los órganos del Estado.

Recuérdese que la Corte al referir al alcance del artículo 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, concluyó que resultaba conforme a la Carta que las normas penales expedidas por el legislador ordinario tengan vocación de permanencia en tanto que las medidas legislativas penales adoptadas por el legislador extraordinario tuvieran vigencia temporal¹⁰⁶.

En cuanto a los convenios internacionales de derechos humanos que refieren a los estados de excepción y a la observancia del principio de legalidad penal, pueden señalarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad.

De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueden mencionarse como disposiciones atinentes a los estados de excepción y al principio de legalidad penal, los artículos 27, 107 y 30, 108

Con el artículo 27 de la Convención, se prohíbe a un Estado parte en situaciones de emergencia que suspenda el principio de legalidad y de retroactividad. Sobre el alcance de esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-8/87, señaló:

“Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. ...

Aún entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello ‘en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación’. ...

Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA.

...

La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona. ...

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

dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

Por su parte, el artículo 30 de la Convención, expone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaran por razones de interés general y con la finalidad para la cual han sido establecidas. Esta disposición también ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-6/86, en los siguientes términos:

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

Lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, pág. 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación

formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. ...

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

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

En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención”¹¹⁰.

Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pueden citarse los artículos 4111 y 15, como disposiciones concernientes a los estados de excepción y al principio de legalidad penal.

El artículo 4.2 no autoriza suspensión alguna del artículo 15 del Pacto, el cual señala que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 29 sobre estados de emergencia, ha interpretado dichas disposiciones como la prohibición de suspender el “principio legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengán determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas

de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve”112.

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

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

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

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

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

De otra parte, otorgarle a las normas penales adoptadas durante el estado de emergencia social un carácter permanente se constituye en una restricción irrazonable y desproporcionada al principio de estricta legalidad de la ley penal, que además

desconoce los juicios de ausencia de arbitrariedad, intangibilidad y no contradicción específica, según se ha expuesto.

Tomar con vigencia permanente los decretos legislativos penales adoptados durante el estado de emergencia, llevaría a naufragar los principios que sostienen un Estado democrático de derecho. Una atribución en tal sentido resultaría desproporcionada a la garantía de los derechos humanos¹¹³. Estas medidas legislativas penales deben ser estrictamente temporáneas y dirigidas a restablecer inmediatamente la normalidad.

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

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

Debe anotarse, como lo ha recordado la Corte, que entre los objetivos principales del Constituyente de 1991 estuvo el limitar los poderes de la Rama Ejecutiva en los estados de excepción, buscando fortalecer la labor del Congreso de la República como órgano de representación democrática. Así se pretende evitar privar de forma definitiva a la Rama Legislativa de una de sus más preciosas facultades y a la vez aumentar indebidamente las facultades del Ejecutivo¹¹⁴. No sobra rescatar la importancia del órgano congresional como espacio de razón pública.

Recuérdese que durante la vigencia de la Constitución de 1886, se utilizaron de manera desmedida los hoy denominados estados de excepción, particularmente el estado de sitio, al permanecer el país durante varias décadas bajo ese estado. De ahí que el Constituyente de 1991 decidió poner fin a tal práctica estableciendo un máximo de duración con la finalidad de preservar el carácter excepcional y prevenir su prolongación indefinida¹¹⁵.

El abuso generó la necesidad de limitar la facultad acudir a la legislación penal de

excepción como fuente para el restablecimiento del orden público. Este límite no sólo se aplica al Estado de sitio o de conmoción interior, sino a todos los estados de excepción.

De los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, se observa como denominador común, el establecimiento de límites materiales y temporales al ejercicio de las facultades excepcionales conferidas al Ejecutivo¹¹⁶.

Las normas penales que se adoptaron durante el estado de emergencia en vigencia de la Constitución de 1886, revistieron carácter permanente suplantando con ello definitivamente el principio de representatividad democrática¹¹⁷.

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

Una vez reconocido el carácter temporal de las medidas legislativas punitivas adoptadas durante el estado de emergencia, debe precisarse cuál es el término de vigencia de tales medidas.

Como el reconocimiento de la temporalidad de las normas penales expedidas por el legislador extraordinario durante la emergencia, tiene como fundamento esencial la reserva de ley (principio de estricta legalidad) propio del Estado democrático, la Corte encuentra aplicable la misma regla establecida para la vigencia de las medidas tributarias (principio democrático) contenida en el artículo 215 de la Constitución.

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

Esta regla constitucional da respuesta idónea a la dificultad planteada. Dado que los

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

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

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

8. Examen de las disposiciones del Decreto Legislativo 4336 de 2008, que modifican el Código Penal.

La Corte debe empezar por recordar que la captación ilegal de recursos del público no ha sido una situación extraña a la historia jurídica colombiana. La doctrina especializada ha denotado innumerables casos que datan desde 1841, además que se ha resaltado sobre el carácter transnacional de la delincuencia económica¹¹⁸.

Como tipo penal encuentra su origen remoto en el año de 1982. En ese entonces, como se ha expuesto, el Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo 2919 de 1982, declaró el estado de emergencia económica, motivado, entre múltiples factores, por el descubrimiento en varias instituciones financieras de actividades especulativas para adquirir su control, concentración de la propiedad de las acciones y del crédito, conductas dolosas para burlar los límites legales, prácticas destinadas a facilitar la

evasión de los deberes fiscales y diversas formas de abuso del derecho de propiedad, todo lo cual derivó en una crisis de la confianza pública ocasionando situaciones de iliquidez que comprometieron la política monetaria y generaron dudas respecto a la aptitud de determinados sectores de la economía y sus obligaciones laborales y comerciales.

Con base en dicho decreto, el cual fue declarado exequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 83 del 18 de noviembre de 1982, se expidió el Decreto Legislativo 2920 de 1982, “Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero”, estableciendo en el artículo 20, el siguiente tipo penal:

“Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de 2 a 6 años”.

Dicho decreto en cuanto al tipo penal mencionado fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 85 del 2 de diciembre de 1982.

Así las cosas, el tipo penal que hoy nos ocupa nació bajo la declaración del estado de emergencia económica en 1982, producto de la crisis financiera desatada en ese entonces, que fue hallado exequible por la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, el Decreto 1730 de 1991, denominado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incorporó dicha conducta delictiva en similares términos en el artículo 1.7.1.1.3, hoy numeral 3º del artículo 208 del Decreto 663 de 1993, declarado exequible por esta Corporación en la sentencia C-582 de 1996119. Hasta que la Ley 599 de 2000 lo previó en el artículo 316.

De esta manera, pasa la Corte a verificar el cumplimiento de las limitaciones impuestas a las medidas legislativas penales expedidas durante el estado de emergencia. Bajo los presupuestos generales que implica la realización del presente juicio de constitucionalidad habrán de examinarse de manera específica las restricciones que se han establecido.

8.1. Análisis de conexidad. Con el fin de establecer la conexidad entre las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social y las medidas que en su desarrollo adoptó el Gobierno con el presente decreto, la Corte tendrá en

cuenta las consideraciones invocadas por el Gobierno al declarar el estado de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008, en la medida que fueron declaradas ajustadas a la Constitución Política, en la sentencia C-135 de 2009, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional (art. 243 superior).

De este modo, el decreto declaratorio del estado de emergencia expone una serie de consideraciones, de las cuales es menester resaltar algunas para efectos del presente caso:

“Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Es así como desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera;

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

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

Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado;

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

perturbarse el orden público;

Que no obstante lo anterior, se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes;

Que estas actividades no autorizadas han dejado a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social;

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

Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata;

Que se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto”.

La Corte al examinar tales motivaciones procedió a realizar una serie de consideraciones que dada su repercusión sobre el presente decreto, se transcriben in extenso:

“Carácter extraordinario de los hechos invocados en el Decreto 3929 de 2008.

Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que corría su patrimonio aún así seguían invirtiendo, es decir, que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autorizados. En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se viera incorporado a tales esquemas, lo que le

confirió un carácter excepcional a la situación....

Los hechos invocados son distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 constitucional.

...

(L)os hechos invocados guardan todos relación con la captación masiva y habitual de los recursos del público, adelantada por personas naturales y jurídicas no autorizadas, estos hechos claramente no encajan dentro de los supuestos fácticos de la declaratoria del estado de guerra exterior Igualmente...ha de tenerse presente que los hechos generadores consistieron en la actividad de captación masiva y habitual no autorizada de los recursos públicos y no los disturbios y asonadas causados por tal actividad, razón por la cual la decisión de acudir al estado de emergencia social para conjurar la crisis no resulta manifiestamente errada o arbitraria....

Presupuesto valorativo. Determinación

...

Como puede observarse la valoración expuesta en el decreto gravita esencialmente sobre dos ejes principales: (i) las operaciones de captación no autorizada suponen un grave riesgo para los recursos entregados por el público y (ii) las actividades de captación masiva y habitual no autorizada han afectado a muchas personas lo que puede provocar una inminente crisis social y ocasionar inminentes perturbaciones del orden público.

...

Ponderación de la valoración de los hechos contenida en el Decreto 4333 de 2008.

...

(L)a valoración presidencial sobre la gravedad de la perturbación del orden social no resulta errada por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado.

...

Adicionalmente según la valoración presidencial la situación era grave porque los recursos captados del público estaban en riesgo, estimación que tampoco resulta errada o arbitraria, pues se trataba de una suposición fundamentada en distintas apreciaciones consignadas en la parte motiva del decreto...

...

Juicio sobre la suficiencia de los poderes ordinarios de las autoridades estatales.
...Ponderación.

...

Por otra parte correspondía a las autoridades judiciales perseguir el ejercicio ilegal de la captación de recursos del público, conducta tipificada como un delito económico en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Decreto 2920 de 1982 el cual proscribió la conducta de captar dineros del público, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente¹²⁰. Posteriormente mediante el Decreto 3227 del mismo año se precisó el alcance del concepto de “captación masiva y habitual” en el sentido que se trataba de dineros recibidos “a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes y servicios”. Ante el surgimiento de nuevas modalidades delictivas relacionadas con la captación ilegal de dineros, el Decreto 1981 de 1988 complementó el tipo penal antes descrito al definir de manera más precisa cuales eran las conductas que configuraban la captación ilegal.

Esta última disposición era aplicada tanto por la Superintendencia Financiera como por los fiscales y los jueces penales de conocimiento para investigar y sancionar, administrativa y penalmente, la captación ilegal, por tratarse de la disposición jurídica vigente que definía los alcances de esta actividad. En esa medida para poder demostrar la responsabilidad administrativa o penal era necesario acreditar: (i) el elemento subjetivo, según el cual para que se verifique la conducta sancionable los dineros recibidos deben provenir de terceros y no de personas que estén vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los dineros; (ii) el elemento objetivo exige que los dineros sean recibidos a título de mutuo, de mandato, de operaciones de reporto, o de cualquier otro negocio jurídico sin que exista la obligación por parte del

captador de suministrar al depositario de los recursos bienes o servicios como contraprestación del dinero recibido; (iii) un elemento cuantitativo de conformidad con el cual el pasivo para con el público del captador estuviera compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones contraídas directamente o a través de interpuesta persona, o que el captador hubiera celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario; (iv) un elemento cuantitativo y operacional de conformidad con el cual se requiere que las operaciones de captación de recursos sobrepasa el 50% del patrimonio líquido del captador o receptor de los dineros.

Descrito el marco jurídico vigente al momento de la declaratoria del estado de emergencia social se podría argumentar que en el ordenamiento jurídico existían suficientes mecanismos en cabeza tanto de autoridades administrativas como judiciales para conjurar la crisis originada por la captación masiva y habitual realizada por parte de personas jurídicas y naturales no autorizadas. No obstante, cobran aquí importancia otros argumentos esgrimidos por el Gobierno Nacional, el aparte motiva del Decreto 4333 de 2008, para justificar la insuficiencia de los poderes estatales ordinarios: (i) la afirmación que las modalidades de captación y recaudo masivo de dineros del público operaban bajo sofisticados sistemas que dificultaban la actuación de las autoridades, (ii) la necesidad de establecer una legislación especial que regulara el procedimiento de devolución de los dineros captados, (iii) la necesidad de ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto; (iv) la necesidad de profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero y (v) la necesidad de dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

En efecto, aunque cada una de estas razones será examinada a continuación, en general todas apuntan a la misma dirección: señalar la insuficiencia de la legislación vigente al momento en que se adopta la medida excepcional para conjurar la grave perturbación al orden social causada por la masiva captación ilegal. Nótese que el decreto contiene una valoración cualitativa, pues se reconoce que existen medios ordinarios

pero se afirma que estos no son suficientes para conjurar la grave perturbación del orden público.

...

Conclusión

1. Del análisis del presupuesto fáctico se concluye que se logró acreditar la ocurrencia de los hechos, su carácter sobreviniente y extraordinario y que no correspondían a los presupuestos para la declaratoria del estado de guerra exterior o de conmoción interior.
2. Del examen del presupuesto valorativo del Decreto 4333 de 2008 se tiene que no se incurrió en un error manifiesto o en una valoración arbitraria cuando se consideró que la perturbación ocasionada por las actividades de captación no autorizada de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social.
3. La valoración sobre la suficiencia de los medios ordinarios en cabeza de los poderes estatales no fue manifiestamente errada o arbitraria”.

De lo expuesto, no resulta equivocado para la Corte sostener que es de la esencia de las consideraciones que llevaron a la declaración del estado de emergencia social, la captación masiva y habitual de dineros del público sin la previa autorización del Estado, las cuales fueron encontradas ajustadas a la Constitución en la sentencia transcrita.

La emergencia social se decretó para enfrentar la crisis generada por el fenómeno de las captaciones masivas ilegales de recursos del público. Entonces, la adopción de medidas legislativas penales como se aprecia en el presente decreto, está inmersa dentro de las motivaciones que llevaron a la declaratoria del estado de emergencia social.

Ahora bien, el decreto sub-examine (4336 de 2008) expone las siguientes consideraciones:

“Que es necesario proferir disposiciones para conjurar la emergencia declarada

mediante el Decreto No. 4333 de 2008.

Que dada la incidencia de la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal en las causas de dicha emergencia, así como el grave daño social que genera, se hace necesario hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la conducta”.

Para la Corte resulta acreditada la relación de conexidad entre el presente decreto de desarrollo y las causas que determinaron la declaratoria del estado de emergencia social, como también al interior del mismo entre su parte motiva y resolutive.

La relación directa y específica entre el Decreto 4336 de 2008 y las causas invocadas en el Decreto 4333 de 2008, es evidente por cuanto:

Dentro de las motivaciones que llevaron a la declaratoria del estado de emergencia social y que esta Corte encontró ajustadas a la Constitución (consideraciones dos, tres, nueve, diez, once, doce y trece), es clara y expresa la referencia i) al tipo penal de captación masiva y habitual de dineros sin autorización legal; ii) a la proliferación desbordada de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades; iii) a la necesidad de adoptar mecanismos ágiles y demás tendientes a restituir, en especial a la población de menores recursos, los activos recuperados por las autoridades; iv) se compromete la subsistencia de las familias que puede devenir en una crisis social, además que también puede perturbar el orden público, v) dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes, se hace necesario contrarrestarlos en forma inmediata; y vi) se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el decreto.

La modificación del Código Penal por el legislador excepcional atiende principalmente a la proliferación desbordada en todo el país de las distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, presentadas bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades. De ahí que el Ejecutivo se encontraba habilitado constitucionalmente para modificar y crear los tipos penales en orden a tipificar con nuevos verbos rectores las nuevas modalidades criminales para conjurar la crisis social e impedir la extensión de sus efectos.

Es demostrativo de la motivación suficiente que reviste el decreto en estudio, al exponerse con el grado necesario los motivos que llevaron al legislador a adoptar las medidas legislativas penales. De ahí que se hubiere decretado la modificación del Código Penal, para ampliar la descripción de la conducta delictiva, incrementar la pena de prisión y establecer una circunstancia de agravación punitiva (art. 1º) y, bajo el soporte básico de esta conducta establecer uno nuevo por el no reintegro de los dineros captados del público por parte del sujeto activo que lo hará ahora merecedor de una pena independiente (art. 2º), para finalmente, instituir la vigencia del decreto a partir de la fecha de su promulgación¹²¹.

Para la Corte es claro que el presente decreto tiene por objeto fortalecer la legislación penal en materia de captación ilegal de recursos del público, lo cual guarda perfecta consonancia con las causas que originaron la declaratoria de la emergencia social, al igual que al interior del decreto, al pretender de una parte prevenir, disuadir y reprimir la inusitada, novedosas modalidades y sofisticados sistemas de captación y, de otra parte, motivar el reintegro de los recursos dada la grave crisis social desatada en el país.

Se pretende desestimular la comisión de dichas infracciones penales bajo el establecimiento de una prevención especial que atienda de manera más idónea, oportuna y eficaz al desbordamiento del fenómeno, en la búsqueda de restablecer el bien jurídico tutelado como lo es el orden económico social. En palabras de la Corte “un fenómeno ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente,...las modalidades sofisticadas de captación diseñadas, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades estatales, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal”¹²².

Con el presente decreto se establecen medidas legislativas penales que buscan conjurar la crisis social e impedir la extensión de sus efectos. Resulta indiscutible que las medidas legislativas penales están dirigidas a contribuir y remover las causas de la grave perturbación del orden social.

La pena tiene en nuestro ordenamiento jurídico “un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin

retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas” (sentencia C-806 de 2002).

Por esta razón, no puede afirmarse que las medidas legislativas penales adoptadas por el legislador excepcional refieran a materias que carecen de relación directa y específica con el estado de emergencia.

La doctrina especializada¹²³ en relación con la finalidad y justificación de la pena, recuerda que desde la antigüedad hasta hoy pugnan varias teorías que siguen determinando la discusión sobre la materia, como son: i) la teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación)¹²⁴, ii) la teoría de la prevención especial¹²⁵, iii) la teoría de la prevención general¹²⁶, iv) las teorías unificadoras retributivas¹²⁷ y v) la teoría unificadora preventiva, compuesta por el fin exclusivamente preventivo de la pena, la renuncia a toda retribución y el principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención.

También es claro para la Corte que el bien jurídico constitucional y legal que busca tutelarse es el orden económico social (arts. 215 de la Constitución y Título X del Código Penal), lo cual emerge de las motivaciones del decreto declaratorio de la emergencia social al referirse a la necesidad de contrarrestar inmediatamente los hechos sobrevinientes que amenazan con perturbar en forma grave el orden social, al igual que del decreto que se revisa.

Es necesario señalar que tanto el artículo 316 del Código Penal, que se modifica, como el nuevo artículo 316A, que se introduce con el decreto legislativo bajo examen, hacen parte del Título X del Código Penal, referido a los delitos contra el orden económico social.

De esta manera, los tipos penales previstos en el decreto bajo estudio se encuentran dirigidos expresamente a proteger el bien jurídico que el estado de excepción requiere tutelar, como lo es el orden económico social, lo cual resulta manifiestamente concordante en su consagración constitucional (art. 215 superior) y legal (Título X del Código Penal).

Lo anterior, no obsta para rescatar la naturaleza pluriofensiva del tipo penal que nos ocupa, el cual impone un tratamiento normativo proporcional al grave daño ocasionado.

8.2. Análisis de finalidad. Las medidas legislativas penales adoptadas que están dadas en modificar el Código Penal, se encuentran directa y específicamente orientadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos. Están concretamente encaminadas a contrarrestar de manera concreta la continuidad y grave perturbación del orden social.

Con la modificación del artículo 316 del Código Penal, en el sentido de ampliar el tipo penal mediante la introducción de nuevos verbos rectores y consagrando además el aumento de la pena de prisión y la circunstancia de agravación punitiva y, de otra parte, con la adición del Código Penal tipificando como conducta el no reintegro de los dineros captados del público de forma ilegal cuyo desconocimiento ocasiona penas independientes; se persigue por el legislador excepcional, como se expuso también en el decreto declaratorio, contrarrestar tal situación de forma inmediata y restituir a la población los activos recuperados (considerando nueve).

Es decir, además de estar destinado de manera exclusiva a conjurar la crisis social con el fortalecimiento de la legislación penal para responder adecuada e idóneamente a las dimensiones que alcanza en la actualidad el fenómeno de la captación ilegal de recursos del público, se procura neutralizar de manera próxima la prolongación de sus efectos en todo el territorio nacional. Para nadie es desconocida la persistencia del accionar delincuenciales económico y de ahí el imperativo para el Estado de paralizar su prolongación.

Recuérdese que el artículo 3º del presente decreto legislativo, le otorga vigencia a partir de la fecha de su promulgación (principio de irretroactividad de la ley penal), que resulta coincidente con los imperativos constitucionales (particularmente el artículo 29 superior).

8.3. Análisis de necesidad. Las medidas legislativas adoptadas con el presente decreto son necesarias para alcanzar los fines que llevaron a la declaratoria de la emergencia social. La modificación del Código Penal resulta una medida legislativa indispensable para enfrentar la crisis social, que dado el grado de incidencia perjudicial que ha llegado a tener dicho fenómeno para la sociedad, hace forzoso la imposición de

sanciones más severas que además consulten las nuevas modalidades criminales.

Principalmente encuentra relación de correspondencia necesaria atendiendo la proliferación desbordada en todo el territorio nacional de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades. De ahí que se hiciera necesaria la modificación del Código Penal por el legislador excepcional a efectos de conjurar la crisis social e impedir la extensión de sus efectos.

Con el mayor quantum punitivo dispuesto por el legislador excepcional, se pretende desvirtuar toda posibilidad de que el sujeto activo continúe haciéndose merecedor de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria (arts. 36 y 38 del Código Penal), o de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad como la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 63 del Código Penal) y la sustitución de la ejecución de la pena (art. 461 del Código de Procedimiento Penal). Como en efecto acaecía bajo la aplicación del artículo 316 de la Ley 599 de 2000.

De igual modo, con la adición del Código Penal tipificando el no reintegro de los dineros captados del público, se busca restituir a la población afectada los activos que sean recuperados.

Entonces, las limitaciones a los derechos impuestas a los sujetos activos de las conductas punibles guardan una conexidad directa con las causas de la perturbación y se hacen necesarias.

8.4. Análisis de proporcionalidad. El ajuste de las consecuencias punitivas por los comportamientos que originaron la declaratoria del estado de emergencia social no resulta irrazonable, ni excesivo, dado el alcance que ha acogido la captación ilegal de recursos del público en el territorio colombiano.

De igual forma, responde proporcionalmente al bien jurídico tutelado como lo es el orden socioeconómico, al estar en juego caros valores constitucionales para el ordenamiento jurídico colombiano como lo son el ahorro público, la confianza en el sistema financiero y la estabilidad macroeconómica del país. De ahí que guarde simetría con la gravedad de los hechos que se buscan conjurar.

La mayor restricción a la libertad de las personas naturales o jurídicas involucradas en las conductas punibles busca impedir que dichos sujetos continúen delinquir. Se persigue restringir la libertad sobre el delincuente económico en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad institucional.

De este modo se responde de conformidad con la dimensión de los problemas presentados y presentes producto de la grave perturbación del orden social.

De igual forma, el artículo 316A se ajusta al parámetro de razonabilidad y proporcionalidad al no desbordar la gravedad de la situación que llevó a la declaratoria del estado de excepción, máxime cuando su finalidad está dada por la restitución de los dineros del público captados ilegalmente.

La modificación introducida al Código Penal no resulta desproporcionada frente a la gravedad de la situación.

8.5. Examen integral sobre cada una de las disposiciones contenidas del presente decreto.

Debe precisarse en relación con los dos tipos penales que contempla el decreto bajo revisión, que el examen de constitucionalidad que efectúa la Corte respeta la valoración que adelanta el Fiscal o Juez de la causa respecto de las conductas y de las circunstancias en las cuales se cometieron los hechos punibles. Es decir, corresponde al operador judicial, según las particularidades que presente cada caso, llevar a cabo el juicio de adecuación como tipo de acción o de omisión, calificar la participación, evaluar las circunstancias de agravación o de atenuación punitiva y graduar las penas.

Así mismo, en lo que respecta al juzgamiento de las conductas penalizadas, los imputados gozan en el proceso de todos los derechos y libertades, como las garantías propias del debido proceso (art. 29 de la Constitución).

Con el artículo 1º se introdujeron modificaciones al tipo penal de captación masiva y habitual de dineros, previsto en el artículo 316 de la Ley 599 de 2000. La primera modificación consistente en ampliar el modelo descriptivo del tipo penal al introducir los verbos rectores “desarrollar”, “promover”, “patrocinar”, “inducir”, “financiar”,

“colaborar” o realizar cualquier otro acto, no desconoce la Carta Política al pretender contrarrestar de manera oportuna, idónea y eficaz las nuevas modalidades criminales de defraudaciones al público.

Al hacerse responsables a todos los que intervienen en el hecho punible bajo el título de imputación se responde adecuada y proporcionalmente a la gravedad de los hechos que cercenan el ahorro del público, la confianza en el sistema financiero y la estabilidad macroeconómica del país. La magnitud de la crisis social que ocasionan los mencionados comportamientos delictivos, les hace merecedor de un alto grado de reproche social que se refleja en la participación criminal.

Con la redefinición del tipo penal se persigue contrarrestar todas aquellas formas de participación criminal dado el modus operandi de la delincuencia económica, al igual que extender la responsabilidad penal al conjunto de los integrantes de las redes y organizaciones al servicio de los propósitos de la delincuencia económica.

La segunda modificación del tipo penal está dada en el incremento de la sanción penal. Pena de prisión que resulta razonable y proporcionada frente a la gravedad de los hechos y la necesaria protección del bien jurídico del orden económico social ante la inusitada afectación.

La tercera modificación del tipo penal que consiste en establecer una circunstancia de agravación punitiva, para la Corte también armoniza con el texto constitucional al ajustarse el tipo penal a las nuevas modalidades y medios tecnológicos de que se sirve el delincuente económico para llevar a cabo su conducta.

La disposición obedece al alto impacto que tiene sobre la comunidad los medios de comunicación u otros de divulgación colectiva. Resulta justificado constitucionalmente establecer como circunstancias de agravación punitiva el hecho de cuando el agente se vale de tales medios para llevar a cabo la captación ilegal de recursos del público. Además, la pena establecida resulta razonable y proporcionada al pretender desincentivar todo empleo ilegítimo de los medios de comunicación.

La referencia en el tipo penal a la captación de recursos en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente y la multa establecida, no

ofrecen para la Corte reproche constitucional alguno.

Como se ha expuesto, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, son de interés público y sólo pueden ser realizadas previa autorización del Estado, lo cual implica que para su ejercicio están sujetas al cumplimiento de requisitos especiales en materia de constitución y funcionamiento.

De ahí que sobre importancia el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero al establecer un marco de regulación sobre el ejercicio de dichas actividades. La Corte no aprecia la carencia de los ingredientes normativos necesarios para producir la certeza sobre la definición de la conducta.

Con el artículo 2º del decreto legislativo, se adiciona una nueva disposición al Código Penal, el artículo 316A. El establecimiento del nuevo tipo penal parte de la conducta delictiva prevista en el tipo penal anterior (art. 316 del Código Penal), precisando que con independencia de la sanción que se haga merecedor el sujeto activo, el no reintegro de los dineros captados del público ilegalmente, por esa sola conducta incurrirá en prisión y multa.

La tipificación de esta nueva conducta no encuentra reparo alguno de constitucionalidad al satisfacer las exigencias necesarias del precepto y la sanción. Su objetivo es motivar en el delincuente económico el reintegro de los dineros captados del público ilícitamente para no hacerse acreedor a una pena independiente respecto del tipo penal anterior.

De otra parte, el nuevo tipo penal no está desconociendo la prohibición constitucional de prisión por deudas civiles (art. 28 superior). En realidad lo que ocurre es que se persigue sancionar con una mayor drasticidad al sujeto activo que no devuelva los recursos del público ilegalmente, por lo que se parte anticipadamente de la realización de una conducta delictiva establecida.

En otras palabras, el nuevo tipo penal parte de la existencia de haberse configurado una conducta punible y no de la relación contractual privada originaria. De ahí que la nueva condición aludida consistente en el no reintegro de los recursos captados del público tiene por fuente directa un hecho punible.

Por lo tanto, no se encuentra supeditado el goce efectivo de la libertad personal al pago de una suma de dinero. La Corte en la sentencia C-194 de 2005, al definir la regla que en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas señaló que “aquella lo hace en relación con los créditos civiles y no con los que dimanen de la conducta delictiva del individuo”.

Empero, lo que sí encuentra inconstitucional la Corte es la expresión “antes de la vigencia de esta norma” contenida en el párrafo del artículo 2º, al conferir efectos retroactivos en la aplicación del principio de oportunidad respecto de conductas que antes de la vigencia del artículo 316ª del Código Penal, no se encontraban penalizadas.

Puede apreciarse que el legislador excepcional otorgó la posibilidad de aplicar de manera preferente el principio de oportunidad sobre este nuevo tipo penal a situaciones acaecidas antes de la vigencia de esta norma, lo cual para la Corte resulta violatorio del principio de legalidad (art. 29 superior), al conferir efectos retroactivos en la aplicación del principio sobre conductas que para ese entonces no resultaban penalizadas.

Por lo tanto, esta Corporación declarará la inexecutableidad de la expresión “antes de la vigencia de esta norma” del párrafo del artículo 2º del Decreto Legislativo 4336 de 2008.

Por último, el artículo 3º del decreto legislativo, no ofrece problema alguno de constitucionalidad dado que refiere su vigencia a partir de la fecha de su promulgación (principio de irretroactividad de la ley penal).

La Corte, entonces, tiene por acreditados todos los presupuestos del juicio de constitucionalidad para esta clase de decretos, por lo cual procederá a declarar la executableidad de las disposiciones del Decreto 4336 de 2008, con excepción de la expresión “antes de la vigencia de esta norma” contenida en el párrafo del artículo 2º, que resulta inexecutable.

Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 1º del Decreto Legislativo 4336 de 2008, en el entendido que sólo tendrá vigencia de un año a partir de la expedición del decreto.

Segundo Declarar EXEQUIBLE el artículo 2º del Decreto Legislativo 4336 de 2008, salvo la expresión “antes de la vigencia de esta norma” contenida en el párrafo que se declara inexecutable. La exequibilidad en el entendido que sólo tendrá vigencia de un año a partir de la expedición del decreto.

Tercero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 3º del Decreto Legislativo 4336 de 2008, a partir de su promulgación.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

Salvamento de voto.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Salvamento de voto.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e.)

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrada (e.)|

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Salvamento de voto

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General Ad hoc

1 Oficio recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 1 de diciembre de 2008.

2 Oficio recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 1 de diciembre de 2008.

3 Oficio recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 1 de diciembre de 2008.

4 La Sala Plena de la Corte Constitucional dispuso que el presente escrito del 18 de noviembre de 2008, presentado como acción de inconstitucionalidad en contra de los Decretos 4334 de 2008 y 4336 de 2008, se le diera el trámite propio de una intervención

ciudadana, folio 14 del cuaderno principal. Por lo tanto, se procederá a exponer los argumentos del ciudadano únicamente en lo concerniente al asunto que nos ocupa.

5 Escrito de fecha 26 de noviembre de 2008 alusivo a los decretos 4333, 4334, 4335 y 4336 de 2008. La Corte se limitará a exponer los argumentos sobre el decreto que nos ocupa.

6 CD identificado con el nombre de “Drama Social del Putumayo, noviembre de 2008”.

7 Escrito de fecha 2 de diciembre de 2008.

8 Escrito de fecha 3 de diciembre de 2008.

9 El término de fijación en lista venció el 2 de febrero de 2009, según constancia de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

10 Escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 29 de enero de 2009.

11 Ver inciso 13 de los considerandos del Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, por el cual se declara el estado de emergencia social.

12 Escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 29 de enero de 2009.

13 Punto III-3, pruebas recaudadas

14 Escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 2 de febrero de 2009.

15 Cft. sentencias C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-216 de 1999 y C-135 de 2009.

16 Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008. “CONSIDERANDO. Que es necesario proferir disposiciones para conjurar la emergencia declarada mediante el Decreto No. 4333 de 2008. Que dada la incidencia de la captación masiva y habitual de

recursos del público sin autorización legal en las causas de dicha emergencia, así como el grave daño social que genera, se hace necesario hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la conducta”.

17 Se recibió copia auténtica del Decreto 4336 de 2008, el día 18 de noviembre en la Presidencia de la Corte Constitucional. Folio 1 del cuaderno principal.

18 Sentencia C-135 de 2009.

19 Precepto desarrollado por el artículo 39 de la LEEE cuyo tenor es el siguiente:

“Si dentro de los tres días siguientes a la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, el Congreso no se halla reunido, lo hará por derecho propio y el Gobierno le rendirá inmediatamente un informe sobre las razones que determinaron la declaración. También deberá presentarle un informe cuando sea necesario prorrogar el Estado de Conmoción Interior.

Cada una de las Cámaras dispondrá de un plazo máximo de 15 días para pronunciarse sobre los informes de que trata el presente artículo.

Mientras subsista la Conmoción Interior, el Gobierno enviará cada treinta días un informe sobre la evolución de los acontecimientos, las medidas adoptadas, su evaluación, así como de las investigaciones en curso sobre eventuales abusos en el uso de las facultades.

Cuando haya lugar, las Comisiones de Derechos Humanos y Audiencias, presentarán ante la respectiva Cámara las recomendaciones que juzguen convenientes y necesarias”.

20 Sentencia C-135 de 2009.

21 Constitución Política y artículo 5º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

22 Artículo 4º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

23 En la sentencia C-179 de 1994, que examinó el proyecto de ley Estatutaria de los

Estados de Excepción, la Corte señaló: “No obstante su naturaleza restrictiva, dentro de un Estado de derecho las normas de excepción han de mantener el sello que a éste le es inherente, a saber: 1. el gobernante, no obstante su mayor poder discrecional, está sujeto a control en todos los actos que, dentro de la nueva situación realice, y 2. la restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Es lo que pudiéramos llamar la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes”.

24 Sentencias C-137 de 1999, C-373 de 1994 y C-179 de 1994.

25 En la sentencia C-149 de 2003, la Corte manifestó: “Este juicio comprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente como responsable del orden público incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado son necesarias para superar las causas de perturbación o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional”.

26 En la sentencia C-149 de 2003, se expuso: “Este juicio tiene dos manifestaciones. La primera de orden policivo, consistente en analizar la relación entre la medida adoptada y la gravedad de los hechos que busca conjurar. Sería inexecutable entonces la medida excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales para asegurar una mínima o insignificante mejoría de la situación de orden público. La segunda manifestación del juicio se orienta a verificar que no exista una restricción innecesaria de los derechos y libertades pues tal limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad.” Se trata aquí de la existencia de un medio exceptivo menos drástico o lesivo que tenga igual o mayor efectividad que el medio escogido, caso en el cual esta medida también se torna

inexequible por desproporcionada. Tal como lo ha reiterado esta Corporación en varias oportunidades, el principio de proporcionalidad “es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002...). Este principio tiene una aplicación específica en materia del ejercicio de las facultades del Gobierno en estados de excepción”.

27 En la sentencia C-179 de 1994, la Corte al examinar el artículo 47 del proyecto de Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en cuanto a las facultades del Gobierno en virtud de la declaratoria del estado de emergencia, señaló que los decretos legislativos i) deben guardar relación de conexidad directa y específica con las causas invocadas para declararlo y ii) su validez depende de su finalidad que debe consistir en conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, la proporcionalidad de las medidas que se dicten para conjurar las circunstancias de crisis y la necesidad de las mismas.

28 Artículo 7º de la Ley 137 de 1994. “Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades”.

29 Artículo 4º de la Ley 137 de 1994. “Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a

elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados”.

En la sentencia C-149 de 2003, se señaló: “orientado a verificar si la medida adoptada respeta los derechos intangibles cuyo núcleo esencial es intocable, según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (artículo 93 C.P.)”.

30 Verifica las demás limitaciones previstas en la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

En la sentencia C-149 de 2003, se manifestó: “Este juicio parte de la premisa de que la Constitución no se suspende sino que tiene plena aplicación durante los estados de excepción. De conformidad con la Ley 137 de 1994, el gobierno tiene dos tipos de facultades: (i) las enunciadas expresamente para los estados de excepción (artículo 38); y (ii) las generales que consagra la Constitución (artículo 36). La constitucionalidad del ejercicio de tales facultades depende de que no exista una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales. Ello se aprecia en cada caso teniendo en cuenta que un estado de excepción permite excepciones a las reglas generales siempre que no se afecten los límites anteriormente señalados”.

31 En la sentencia C-149 de 2003, se indicó: “dirigido a constatar que las medidas adoptadas con ocasión del estado de excepción no entrañan una discriminación fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Este juicio reconoce que el principio de igualdad mantiene su vigencia y

eficacia durante un estado de excepción pero no tiene el mismo alcance cuando con base en él se juzga una norma excepcional, que por definición establece un régimen distinto y más gravoso que el ordinario, y por ello, se concreta en constatar el respeto del principio de no discriminación”.

32 Sentencia C-041 de 2006.

33 Cf. Sentencia C- 1107 de 2001.

34 Cf. Sentencia C-940 de 2003.

35 Artículo 334 de la Constitución: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley..., para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”.

36 Sentencia C-150 de 2003.

37 Sentencia C-1062 de 2003.

38 Ibidem. Cf. C-553 de 2007. Cf. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 46.

39 Cf. EOSF artículo 48

40 Sentencia C-1062 de 2003. Cf. sentencia C-553 de 2007.

41 Sentencia C-692 de 2007. Cf. sentencias C-199 de 2001 y C-203 de 2005.

42 Cf. entre otras, sentencias SU- 167 de 1999, SU-157 de 1999, T-755/99, T-465/00, T-510/00, T-980/01, T-1230/01.

43 Consultar, entre otras, sentencia de 12 de junio de 1969.

44 Ver, entre otras, sentencias de 15 de junio de 1990, Sección Cuarta y sentencia de 7 de julio de 1989.

45 Sentencia C-1062 de 2003.

46 Sentencia C-860 de 2006.

47 Cf. sentencia C-1062 de 2003.

El artículo 53 del EOSF, instituye un riguroso procedimiento en cuanto a la forma social, los requisitos para adelantar las operaciones, el contenido de la solicitud, la publicidad de la solicitud y oposición de terceros, la autorización para la constitución, el registro, la expedición de la certificación de autorización y la prueba de la existencia y representación de las entidades vigiladas. Dentro de este marco de regulación se determina que quienes se propongan adelantar operaciones propias de las instituciones financieras deberán constituir una de tales entidades, previo el cumplimiento de requisitos establecidos en este Capítulo, y obtener el respectivo certificado de autorización. En cuanto al contenido de la solicitud para constituir una entidad deben presentarse, entre otros, información sobre el monto del capital mínimo y la forma en que será pagado, como también información que permita establecer su carácter, responsabilidad, idoneidad y situación patrimonial. Así mismo, un estudio que demuestre la factibilidad de la empresa que deberá indicar los mecanismos de control interno, un plan de gestión de los riesgos inherentes a la actividad, entre otros. Podrá negarse la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud no satisfaga los requisitos legales. También, cuando no se haya acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial. De igual modo, se abstendrá de autorizar la participación de quienes hayan cometido delitos financieros. Por último, previo a la expedición del certificado de autorización debe acreditarse la inscripción en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuando se trate de entidades que de conformidad con las normas que las regulan tienen seguro o garantía del fondo. Requisitos, entre tantos otros, establecidos legalmente.

48 Ver, por ejemplo leyes 454 de 1998 y 795 de 2003.

49 Ver, por ejemplo Ley 446 de 1998, Decreto 4350 de 2006 y Decreto 1080 de 1996.

50 Sentencia C-083 de 1999.

51 Sentencia C-233/97.

52 Sentencia C-083 de 1999.

53 Ibidem.

54 Raúl Cervini. Revista de derecho 2008. Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Págs. 11-58.

55 Miguel Bajo Fernández, obra "Derecho Penal Económico". Concepto y contenido del derecho penal económico. Editorial Civitas. 1978. Págs. 36 a 40.

56 Ibidem.

57 Sergio Rodríguez Azuero, Erick Rincón Cárdenas y Juan Jacobo Calderón Villegas. Temas de derecho financiero contemporáneo. Editores. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. 2006. Derecho Penal y Mercado Público de Valores. Francisco Bernate Ochoa. Págs. 436 a 439. Se cita en este texto a Lombroso del libro "La protección penal de la información en el ámbito del derecho penal económico", de Juan Carlos Ramírez. 2003. También, se alude al delito económico como una categoría diferente, Cft. Jorge Pinzón y Fernando Carrillo, "Sector financiero y delincuencia económica", Bogotá, 1985. Cft. Antonio José Cancino Moreno, "Los delitos contra el orden económico social, en el nuevo Código Penal", Bogotá, 1982. También, puede consultarse a Edwin Sutherland, "El delito de cuello blanco", Madrid, 1999.

58 Miguel Bajo Fernández. Derecho Penal Económico. Concepto y contenido del derecho penal económico. Editorial Civitas. 1978. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. Pág. 47.

59 Sentencias C-475 de 2005 y C-148 de 2005.

60 Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía:

“Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”. Corte Constitucional, Sentencia C-646-01.

61 Sentencia C-083 de 1999.

62 Sentencia C-013 de 1997.

63 Sentencias 1033 de 2006, C-475 de 2005 y C-148 de 2005.

64 Examinó el Decreto Legislativo 1900 de 2002 que adoptó medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales.

65 Sentencia C-996 de 2000.

66 Sentencia C-996 de 2000, C-177 de 2001 entre otras.

67 Sentencia C-1164 de 2000.

68 Sentencia C-587 de 1992

69 Sentencia C-456 de 1997

70 Sentencia C-125 de 1996, C-239 de 1997, entre otras. En relación con los aspectos procedimentales, la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal; ver sentencia C-459 de 1995, C-404 de 1998.

72 En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

73 Sentencia C-070 de 1996.

74 Sentencia C-939 de 2002.

75 Ibidem.

76 Ibidem.

77 Ibidem.

78 Examinó la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 12 de la ley 218 de 1995 “Por la cual se modifica el Decreto 1264 del 21 de junio de 1994 proferido en desarrollo de la emergencia declarada mediante decreto 1178 del 9 de junio 1994 y se dictan otras disposiciones”.

79 Sentencia C-004 de 1992. Revisó la constitucionalidad del Decreto 3333 de 1992, declaratorio del estado de emergencia social.

80 Cft. Sentencias C-939 de 2002 y C-556 de 1992. El artículo 9 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, contempla restricciones al ejercicio de las competencias gubernamentales. Tales restricciones no hacen más que reforzar la idea según la cual la interpretación de tales competencias es restrictiva.

81 Sentencia C-179 de 1994.

82 ARTÍCULO 44. PODER PUNITIVO. Durante el Estado de Conmoción Interior, mediante decreto legislativo, se podrán tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos.

En ningún caso un decreto legislativo dictado con ocasión del Estado de Conmoción Interior, podrá modificar los procedimientos penales para suprimir la intervención del Ministerio Público en las actuaciones correspondientes.

Las medidas contempladas en el inciso primero sólo podrán dictarse siempre que:

- a) Se trate de hechos punibles que guarden relación directa con las causas que originaron la declaratoria del Estado de Conmoción Interior o pretendan impedir la extensión de sus efectos;
- b) Se respete lo dispuesto en materia de juzgamientos por los tratados internacionales ratificados por Colombia;
- c) Se garanticen los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, así como la vigencia del artículo 228 de la Carta;
- d) De acuerdo con la Constitución, no se supriman, ni modifiquen los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

El Gobierno no podrá tipificar como delito los actos legítimos de protesta social.

Levantado el Estado de Conmoción Interior los procesos iniciados serán trasladados a la autoridad judicial ordinaria competente para continuar el trámite de acuerdo con el procedimiento penal ordinario y las penas no podrán ser superiores a la máxima ordinaria.

83 Decreto legislativo 1900 de 2002.

84 Cft. Sentencia C-939 de 2002.

85 Ibidem.

86 A nivel de ejemplo, en la sentencia C-135 de 2009, se sostuvo que “la diferenciación entre los hechos generadores del estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica no resulta tan sencilla porque como es sabido el concepto de orden público -cuya alteración es el presupuesto para la declaratoria del estado de conmoción interior- comprende también elementos relacionados con la conservación del orden económico y social propios de la emergencia económica y social”.

87 Examinó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4333 de 2008.

88 Ver, por ejemplo, la sentencia C-876 de 2002, donde la Corte señaló que a pesar de que la Constitución no consagre de manera expresa la posibilidad de decretar impuestos salvo para el caso de la emergencia económica y social, también es procedente establecer dichas medidas en un estado de conmoción interior.

89 Cft. Sentencia C-136 de 1999.

90 Los derechos humanos y los estados de excepción. Leandro Despouy. Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Pág. 4.

91 Ibidem. Pág. 55. Trae a colación un estudio realizado por la señora Nicole Questiaux.

93 Sentencia C-592 de 2005.

94 Ibidem.

95 Sentencia C-939 de 2002.

96 Sentencia C-996 de 2000.

97 Sentencia C-996 de 2000 y C-177 de 2001, entre otras.

98 Sentencia C-1164 de 2000.

99 Sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

100 Sentencia C-133 de 1999. Consideración de la Corte No 3. Ver igualmente, entre otras, las sentencias C-127 de 1993. C-2465 de 1993 y C-344 de 1996.

101 Ver igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados por nuestro país mediante las leyes 74 de 1968 y 16/72, respectivamente.

102 Sentencia C-133 de 1999. Consideración de la Corte No. 3.

103 Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

104 Sentencia C-559/99.

105 - Artículo 4o. "Derechos Intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles; el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia; de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados." (subrayas fuera de texto).

106 Sentencia C-179 de 1994.

107 Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

108 Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

109 El habeas corpus bajo suspensión de garantías. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cft. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 4 de julio de 2007. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Opinión Consultiva OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

110 Alcance de la expresión leyes. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

111 Artículo 4. 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

112 Observación General sobre el artículo 4 (adoptada el 24 de julio de 2001 durante la 1950ª reunión).

113 El Gobierno Nacional ya propició un proyecto de ley ante el Congreso de la República sobre esta materia.

114 Sentencia C-179 de 1994.

115 Ibidem. Gaceta Asamblea Nacional Constituyente No. 76, pág. 13.

116 Ver, informe de ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 76. También las gacetas 4, 5, 7, 9, 10, 20, 22, 23, 24, 26ª, 27, 124 y 125, en donde aparecen publicados los distintos proyectos presentados para la modificación de los estados de excepción.

Ver, exposición de motivos al proyecto de ley estatutaria de los estados de excepción, publicado en la Gaceta del Congreso No. 49 de 1992, en donde se dijo: “Los estados de excepción tienen, como su nombre lo indica, un carácter eminentemente excepcional y no pueden bajo justificación alguna, traducirse en el sistema normal de control social, como ocurrió con el estado de sitio. Su existencia está limitada a la duración

de la emergencia a la que son llamados a superar, lo que debe ser logrado en el menor tiempo posible, para así restituir el goce absoluto de los derechos fundamentales de los individuos, el que es en última instancia su objetivo principal". Cft. Gacetas del Congreso Nos. 13, 23, 45, 49 y 147 de 1992.

117 En los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se registra la preocupación de la usurpación de las atribuciones de las cámaras regulando por decretos situaciones de carácter permanente toda vez que las soluciones se deben proponer en forma de proyectos de ley al Congreso y de ahí el carácter transitorio que se dio a las reformas tributarias para evitar el abuso del poder. Gaceta Constitucional No. 67 del 4 de mayo de 1991. El Estado de sitio y la emergencia económica. Págs. 10 a 13. Cft. Gaceta Constitucional No. 55 del 19 de abril de 1991. Informe ponencia. Estado de emergencia económica, ecológica y social. Págs. 13 y 14.

118 Hernando A. Hernández Quintero. Los delitos económicos en la actividad financiera. Quinta Edición. Ibañez. 2008. Págs. 417 a 420. El autor recuerda que en 1841 fue la quiebra del Grupo Landinez, imperio financiero cuyo infortunio afectó numerosas familias bogotanas, refiriendo que cancelaba intereses del 2% mensual cuando la mayor cifra de la época ascendía al 1% mensual, volumen de la quiebra que superó varias veces el presupuesto nacional de aquél entonces. De igual manera, en 1920, la casa Vásquez Correa que empezó sus actividades en Medellín y se extendió hasta Nueva York, presentó similar situación. Posteriormente, se resaltan las quiebras y malos manejos de "Correa Acevedo" y "Furatena", pertenecientes al Grupo Colombia de Félix Correa, Inversiones Oro, el "Grupo Central", "Grupo Santa Fe", "Grupo Duque", Caja Vocacional, Cofinza, Compañía de Asuntos Bursátiles y General Financiera, y más recientemente el Grupo Glottman, Cocentral y Philaac, Cooperativa Avancemos y "La Fortaleza", entre otros. Además, refiere a situaciones similares acaecidas en otros países como en Yugoslavia, Venezuela, Albania, Ecuador, etcétera.

119 El problema jurídico que abordó la Corte consistió "en determinar si el Decreto Ley demandado, dictado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, podía, mediante el expediente de la reproducción literal, consagrar cuatro tipos penales configurados sucesivamente y de manera idéntica por dos decretos con fuerza de ley, el primero de los cuales se expidió bajo el antiguo estado de emergencia

económica y social y, el segundo, en desarrollo de facultades extraordinarias. El cargo se extiende, adicionalmente, a estos dos últimos decretos, cuya fuerza vinculante, según el demandante, habría decaído al adoptarse la nueva Constitución que en materia penal establece la reserva formal y material de ley". La Corte sostuvo previamente a resolver sobre la exequibilidad del artículo que: "luego de efectuado el estudio de rigor, concluye que las disposiciones demandadas no violan los artículos de la Constitución que el actor señala, como tampoco ninguna otra norma de la misma".

120 Conducta que antes de la declaratoria del estado de emergencia social estaba tipificada por el artículo 316 del Código Penal en los siguientes términos:

ARTICULO 316. CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS. Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

121 No debe olvidarse que el requisito de conexidad tiene como punto de referencia el conjunto de las motivaciones y la situación fáctica descrita en la declaración del estado de excepción.

122 Sentencia C-135 de 2009.

123 Claus Roxin. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. Thomson, Civitas. Reimpresión 2008. Págs. 78 a 100.

124 Concepción de la pena como retribución compensatoria bajo el viejo principio del Talió: ojo por ojo, diente por diente.

125 Misión de la pena está dada en hacer desistir al autor de futuros delitos. Citando a Platón se recuerda que "Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...".

126 No ve el fin de la pena en la retribución, ni tampoco en la influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.

127 Combinación de las concepciones mencionadas, es decir, consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente.