

Sentencia C-191/16

DELITOS DE CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO, FRAUDE ADUANERO Y LAVADO DE ACTIVOS-No exceden los límites constitucionales que enmarcan el ámbito de configuración legislativa en materia penal

REGIMEN SANCIONATORIO POR EVASION AL IMPUESTO AL CONSUMO-Decomiso de mercancías

REGIMEN SANCIONATORIO POR EVASION AL IMPUESTO AL CONSUMO-Aprehensión y decomiso de medio en que se transporte u oculte mercancía

LEYES-Control de constitucionalidad/**LEYES**-Interpretación/**DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de las leyes no es el mecanismo previsto por la norma superior para resolver las dudas interpretativas de las normas, salvo cuando estas dificultades generen inseguridad jurídica, situación inconstitucional, es decir, en general, afecten principios, valores, derechos o garantías constitucionales y, en este caso, el problema interpretativo deje de ser un asunto legal y se convierta en un problema constitucional. La interpretación del sentido de las leyes le corresponde constitucionalmente al Congreso de la República (artículo 150, numeral 1 de la Constitución), a los jueces de la República, al momento de decidir las pretensiones puestas a su consideración e incluso a la doctrina. El control de constitucionalidad está establecido para garantizar la supremacía constitucional y, para esto, debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad respecto de las leyes y los otros actos con fuerza y rango de ley, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento, (artículo 241 de la Constitución, numeral 4), no por las dudas interpretativas que asalten a los ciudadanos; tramitar demandas en las que no exista una verdadera acusación respecto de la constitucionalidad de la norma, conduciría a esta Corte a exceder sus funciones constitucionales. Esto no significa que la Corte Constitucional no deba interpretar las leyes, pero, como cualquier otro juez, solamente en cuanto sea necesario para el cumplimiento de su función de administración de justicia.

**COSA JUZGADA-Alance/COSA JUZGADA
CONSTITUCIONAL-Tipos**

La cosa juzgada es condición del correcto funcionamiento del Estado social de Derecho; determina el efectivo sometimiento de los órganos del poder público al ordenamiento jurídico, a la vez que es causa de la seguridad jurídica creada por el respeto de las decisiones de los jueces por parte de los ciudadanos, los otros

órganos del poder público e, incluso, por los mismos jueces. La jurisprudencia de esta Corte ha identificado los distintos tipos de cosa juzgada constitucional, fundada en el inciso primero del artículo 243 de la Constitución, a través de dos criterios: la magnitud o extensión del control realizado por la Corte Constitucional y la forma de la identidad en los contenidos normativos. La magnitud o extensión del control determina que, en ocasiones, los efectos de la sentencia del control abstracto de constitucionalidad se predicen únicamente de las normas respecto de las cuales se realizó el control de constitucionalidad; en este caso la cosa juzgada es relativa ya que podrá volverse a formular una demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, pero por razones diferentes a las ya examinadas por la Corte. El carácter relativo de la cosa juzgada puede ser explícito en la parte resolutive de la Sentencia o, deducirse de la parte motiva del fallo. Por el contrario, cuando los efectos de la Sentencia se predicen respecto la totalidad de la Constitución, la discusión constitucional se encuentra cerrada por cualquier razón, porque la cosa juzgada es absoluta haya declarado la exequibilidad o la inexecutable de la norma. Según el criterio de la forma de la identidad en los contenidos normativos, la cosa juzgada puede predicarse de la misma norma, formalmente hablando, o de una norma formalmente distinta, pero materialmente igual. En el primer caso la cosa juzgada es formal y en el segundo es material

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Elementos

El inciso segundo del artículo 243 de la Constitución Política dispone que “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. De esta norma se derivan los elementos de la cosa juzgada constitucional: (i) la identidad de los contenidos materiales de los actos jurídicos y (ii) la misma causa jurídica de la demanda, es decir, las mismas normas constitucionales que fueron tomadas en consideración, para realizar el cotejo abstracto de constitucionalidad. Esto quiere decir que, según se deriva del artículo 243 de la Constitución, desconoce la cosa juzgada constitucional tanto la reproducción de la norma legal declarada inexecutable por la Corte Constitucional, como su reproducción mediante un acto administrativo, aunque en este caso el responsable de verificar el respeto de la cosa juzgada constitucional será la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO, FRAUDE ADUANERO Y LAVADO DE ACTIVOS-Límites al margen de configuración legislativa en materia penal

POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO O IUS PUNIENDI DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA-Fijación de la política punitiva

POLITICA PUNITIVA-Sanción penal o administrativa/**POLITICA PUNITIVA**-Determinación del tipo de sanción y el quantum/**POLITICA PUNITIVA**-Criterios para graduación, agravación, atenuación y exclusión de responsabilidad/**POLITICA PUNITIVA**-Amplio margen de configuración legislativa

MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

NORMA SOBRE DELITOS DE CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO, FACILITACION DEL CONTRABANDO Y LAVADO DE ACTIVOS-Necesidad de los delitos y las penas

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS-Libertad y limitaciones/**LIBERTAD**-Principio constitucional/**PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS Y PRINCIPIO DE LIBERTAD**-Límites implícitos

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS-Alcance

El principio constitucional de la necesidad de las penas implica que el legislador, en la configuración abstracta de la política punitiva, debe recurrir únicamente a los instrumentos penales, cuando esto resulte constitucionalmente necesario, es decir, cuando se afecten bienes jurídicos relevantes; esta afectación sea grave (principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de fragmentariedad de la sanción penal) y no existan o hayan resultado insuficientes otros instrumentos menos gravosos para la libertad (subsidiariedad de la sanción penal o carácter de ultima ratio de la intervención penal). El principio de necesidad genera así la idea de la subsidiariedad de la respuesta penal frente a los problemas sociales que deben ser afrontados por el Estado, tanto en tiempos ordinarios, como durante los estados de excepción. De esta manera es posible afirmar que el principio de necesidad “se concreta en asumir el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio” de la intervención penal y su respeto garantiza la justicia de la represión penal. Este principio, a pesar de estar inicialmente dirigido al legislador, también tiene como destinatario al juez penal el que, para poder imponer una sanción en un caso concreto, debe verificar la afectación material de los bienes jurídicos que, en abstracto, protege la norma

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS-Exclusiva protección de bienes jurídicos/**DELITOS DE CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO AL CONTRABANDO Y LAVADO DE ACTIVOS**-Protección del orden público económico y social

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS-Fragmentariedad de la intervención y sanciones penales

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS-Subsidiariedad de la intervención penal o carácter ultima ratio/**REPRESION PENAL**-Respeto del principio de subsidiariedad al ser utilizada como última ratio/**DELITOS DE CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO Y LAVADO DE ACTIVOS**-Tipificación no vulnera el principio de necesidad de las penas

La Corte Constitucional concluyó que, en las partes demandadas de la tipificación de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, la represión penal ha respetado el principio necesidad de las penas que exige lesividad, subsidiariedad y carácter ultima ratio de la intervención penal, ya que la tipificación de estos delitos resulta de una política punitiva que ha mostrado el recurso paralelo, aunque insuficiente, a medidas de otro tipo que, frente a la gravedad de los atentados a bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, exigen una respuesta más contundente, de tipo penal.

LIBERTAD ECONOMICA-Razonabilidad y proporcionalidad del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando

NORMA EN MATERIA ECONOMICA-Amplia potestad de configuración legislativa

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE INTENSIDAD DEBIL-Elementos

TIPIFICACION DEL DELITO DE FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Limitación a la libertad de empresa no es inconstitucional

La Corte concluye que las limitaciones a la libertad de empresa, propias de la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, no son inconstitucionales, porque pretenden fines constitucionales y recurren a medios idóneos para alcanzarlos. No se trata de una limitación que anule la libertad económica, sino que la encausa hacia el interés general y la legalidad. Esta descripción típica no persigue el comercio legal, sino aquel que afecte el orden público económico; por el contrario, lo favorece. Por consiguiente, se trata de una medida proporcionada y, en lo que respecta a este cargo, los apartes normativos demandados serán declarados exequibles.

TIPIFICACION DEL DELITO DE FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Control de razonabilidad y proporcionalidad leve/**LIBERTAD ECONOMICA**-No es absoluta

La demanda planteaba que la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando determinaba una restricción desproporcionada de la

libertad económica (artículo 333 de la Constitución). A este respecto, la Corte Constitucional realizó un control de razonabilidad y proporcionalidad leve, propia del juicio de constitucionalidad de medidas penales y, con mayor razón, de leyes en aspectos económicos. Se concluyó que la libertad económica no es absoluta, que las finalidades perseguidas por la norma son válidas, desde el punto de vista constitucional, en cuanto pretenden proteger el orden público económico y que el instrumento penal es adecuado para determinar el límite razonable a la libertad económica que consiste en la legalidad de la actividad. Por esta razón, en lo que concierne a este cargo, las partes de mandadas de la norma serán declaradas constitucionales.

DELITOS DE CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Derecho a la igualdad ante la ley

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN DELITOS DE CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Exigencia de razonabilidad en el trato igual

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterio de comparación o de igualdad/DELITOS DE CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Criterio de comparación o de igualdad

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferenciado/DELITOS DE CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Trato diferenciado

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Razonabilidad de trato parcialmente distinto/PENA DE LOS DELITOS DE PRISION Y MULTA-Trato diferenciado/DELITOS DE CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Razonabilidad de trato parcialmente distinto

QUANTUM DE LA PENA DE MULTA POR CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-No desconoce el principio de igualdad

Concluyó la Corte que el legislador no desconoció el principio de igualdad al establecer el mismo quantum de pena de multa respecto del contrabando y el favorecimiento y facilitación del mismo porque el trato dado a estos comportamientos materializa el mandato de trato diferente a personas que se encuentren en situación parcialmente distinta, pero cuyas diferencias son más importantes que los elementos en común. De esta manera, identificó la Corte la existencia de factores en común, relativos a la participación en la introducción

de mercancías de contrabando al tráfico comercial, pero también puso de presente la existencia de elementos diferentes, relativos al grado y la forma de participar en la cadena del contrabando. Por esta razón se justifica constitucionalmente el trato parcialmente distinto, diferenciado en cuanto a la pena de prisión, pero igual frente a la multa.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS, PROCEDIMIENTOS Y LAS PENAS-Alcance

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Respeto de la supremacía constitucional

CONSTITUCION POLITICA-Protección de las libertades de las personas/**LIBERTADES CONSTITUCIONALES**-Límites y cargas para su limitación

LIBERTADES CONSTITUCIONALES-Límites formales y materiales

DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL-Principio de legalidad de los delitos, procedimientos y las penas

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Componentes

LEGALIDAD DE LOS DELITOS, FALTAS O INFRACCIONES Y DE LAS PENAS O SANCIONES-Exigencias/**TIPICIDAD**-Descripción inequívoca del comportamiento/**TIPICIDAD**-No excluye la discrecionalidad del juez o autoridad administrativa

FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO-Legalidad de los procedimientos

VERBOS RECTORES DE LOS DELITOS DE CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO Y LAVADO DE ACTIVOS-No desconoce el principio de legalidad de los delitos y las penas

La Corte determinó que el legislador no desconoció el principio de legalidad de los delitos y de las penas al determinar los verbos rectores de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, ya que dichas expresiones verbales no son vagas e imprecisas, su sentido debe ser el semántico usual y es función del fiscal y del juez penal, el establecer, en cada caso, el sentido de cada verbo, de manera razonable y proporcionada, luego de un debate propio del debido proceso. También se determinó que las expresiones y “realice cualquier otro acto”, prevista en la tipificación del lavado de activos no es en sí misma inconstitucional, en cuanto se interprete que ella no implica indeterminación de las conductas punibles, es decir, la posibilidad de

que sea el operador jurídico del delito, fiscal y juez penal, el que libremente identifique nuevas conductas que puedan encuadrar en este delito. Esta apertura en cuanto a los comportamientos reprochables, sería contraria al principio de legalidad, en su componente de ley cierta. Por lo tanto, la Corte Constitucional declarará la inexecutable de la expresión “realice cualquier otro acto”.

DELITO DE CONTRABANDO-Descripción legal

DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS-Descripción legal

DELITOS DE CONTRABANDO Y LAVADO DE ACTIVOS-Interpretación lógica y restrictiva/TIPICIDAD DE LOS DELITOS DE CONTRABANDO Y LAVADO DE ACTIVOS-Verbos rectores radican en el operador jurídico, fiscal y juez penal un grado de discrecionalidad que no admite arbitrariedad

DELITO DE CONTRABANDO-Expresión “valor aduanero” no desconoce el mandato de tipicidad

La Corte determinó que la expresión “valor aduanero”, que realiza la descripción del delito de contrabando no desconoce el mandato de tipicidad, en cuanto dicho ingrediente normativo se completa por la remisión a normas precisas que garantizan un debido proceso en la determinación del valor aduanero de las mercancías.

LAVADO DE ACTIVOS-Definición adoptada por la Corte Suprema de Justicia

NORMA SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS-Inconstitucionalidad de la expresión “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”

VALOR ADUANERO DE LA MERCANCIA-Ingrediente normativo de la descripción penal

FRAUDE ADUANERO-Expresión “por cualquier medio” no vulnera la exigencia de tipicidad

La Corte determinó igualmente que la expresión “por cualquier medio”, prevista en la descripción del fraude aduanero, no vulnera la exigencia de tipicidad, en cuanto los verbos rectores del delito se encuentran claramente delimitados y, la expresión, solamente pretende precisar la indiferencia de los medios utilizados para realizar los verbos rectores del tipo penal.

DELITO DE FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-Principio de confianza legítima

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Proyección del principio de buena fe

CONFIANZA-Carácter legítimo/**CONFIANZA LEGITIMA**-No es posible predicarla en el comercio de mercancías producto del contrabando

TIPIFICACION DEL DELITO DE FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-No desconoce el principio de confianza legítima

La Corte determinó que la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando no desconoce el principio de confianza legítima, ya que las autoridades públicas colombianas, de manera coherente, sistemática y permanente despliegan, desde hace mucho tiempo, actividades tanto de control, como de persecución, tendientes a combatir la actividad del contrabando. Además, se concluyó que la confianza legítima sólo protege convicciones basadas en la buena fe, lo que es contrario al dolo que se exige en la realización de estas conductas.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Prohibición del bis in ídem/**PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM O NE BIS IN IDEM**-Proyección temporal y material

NON BIS IN IDEM-Garantía en su componente material/**NON BIS IN IDEM**-Posibilidad de imponer varias sanciones por un mismo hecho con distintos fundamentos normativos y diversas finalidades

NON BIS IN IDEM-Concurso de conductas punibles/**CODIGO PENAL**-Concurso de conductas punibles

DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DEL CONTRABANDO-No vulnera el principio non bis in ídem

Respecto a la posible vulneración del principio non bis in ídem por prever como delitos fuente o delitos subyacentes del lavado de activos, el contrabando y el favorecimiento y facilitación del contrabando, esta Corte determinó que cada uno de esos delitos reprimen comportamientos suficientemente individualizados y, por lo tanto, su realización puede generar un posible concurso de delitos el que, al tratarse de descripciones típicas diferentes en cuanto a su acción y objeto sobre el cual recaen, no desconocen la prohibición de bis in ídem. No obstante, esta Corte concluyó que le corresponderá al operador jurídico de la norma penal, fiscal y juez, en cada caso concreto, aplicar las reglas relativas al concurso de delitos, en particular, las de subsidiariedad y consunción en materia penal, para garantizar el principio non bis in ídem, cuando las mismas acciones que puedan identificarse como favorecimiento y facilitación del contrabando y

lavado de activos, recaigan sobre los mismos objetos materiales o bienes, como la mercancía objeto de contrabando, para imputar responsabilidad por uno de los dos comportamientos punibles. En este sentido, se concluyó que las partes demandadas de la norma son exequibles.

NON BIS IN IDEM-Aplicación de reglas relativas al concurso de delitos guiado por el criterio de especialidad o de consunción

ADOPCION DE INSTRUMENTOS PARA PREVENIR, CONTROLAR Y SANCIONAR EL CONTRABANDO, LAVADO DE ACTIVOS Y EVASION FISCAL-Sanciones por evasión del impuesto al consumo/**SANCIONES POR EVASION DEL IMPUESTO AL CONSUMO**-Decomiso de mercancías/**DECOMISO DE MERCANCIAS**-Competencia/**DECOMISO DE MERCANCIAS**-Extensión de normas de aprehensión y decomiso a medios de transporte

DECOMISO ADMINISTRATIVO Y EXTINCION DE DOMINIO-Diferencias/**DECOMISO DE BIENES**-Competencia de autoridades administrativas

DECOMISO ADMINISTRATIVO-Derechos de defensa y contradicción

DECRETO 390 DE 2016-Regulación del debido proceso en materia aduanera/**DECRETO 390 DE 2016**-Aprehensión y decomiso de mercancías

DECOMISO ADMINISTRATIVO-No es una sanción sino medida de carácter policivo

DECOMISO DE MERCANCIAS-Adopción como medida no sancionatoria sin agotamiento previo de un debido proceso/**APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA**-No desconoce el debido proceso

APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-Procedimiento administrativo previo y posterior a la adopción de la medida

En lo que concierne a los cargos formulados contra los artículos 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015, en el sentido de su posible inconstitucionalidad por desconocer el debido proceso (artículo 29 de la Constitución), la demanda señalaba que las medidas de decomiso de bienes, en cuestión, desconocían la reserva judicial en materia de extinción de dominio (artículo 34 de la Constitución), al atribuir la competencia para decomisar bienes a autoridades

administrativas. A este respecto, la Corte concluyó que la norma es constitucional en cuanto existen profundas diferencias entre el decomiso administrativo y la extinción de dominio, razón por la cual, al no tratarse de medidas de extinción de dominio, resulta constitucionalmente válido atribuir la competencia para su adopción a autoridades administrativas. Por otra parte, la demanda acusaba el artículo 51 de la misma ley, por vulnerar el derecho de defensa y contradicción del propietario del vehículo donde se transporten bienes de contrabando o que esté adecuado para ocultar mercancías, en cuanto no le permitirían oponerse jurídicamente a la medida de decomiso. A este respecto, la Corte Constitucional analizó el procedimiento legalmente establecido para la adopción de este tipo de medidas y concluyó que sí existe un procedimiento administrativo previo y posterior a la adopción de la medida, en el que la persona interesada puede ejercer sus derechos a la defensa y a la contradicción, no sólo administrativamente, sino también ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que permitió concluir que la norma es constitucional. Por estas razones, por los cargos formulados, las partes demandadas de los artículos 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015 serán declaradas exequibles.

Expediente: D-10965

Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, “*Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*”.

Actores: Gloria María Arias Arboleda y Juan Cristóbal Blanco Rodríguez

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, los ciudadanos Gloria María Arias Arboleda y Juan Cristóbal Blanco Rodríguez solicitaron a este Tribunal que se declare la inexecutable de algunas expresiones contenidas en los artículos 4, 6, 8, 11, 14, 15 y del artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, “*Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*”.

Mediante providencia del 18 de septiembre de 2015, el magistrado sustanciador dispuso: admitir la demanda, pese a sus deficiencias argumentativas en el planteamiento de varios de sus cargos, en razón del principio *pro actione*, al constatar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991; correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y comunicar la iniciación del mismo al Presidente del Congreso de la República, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como al Presidente de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho, a la Ministra de Relaciones Exteriores, a la Ministra de Comercio, Industria y Turismo, al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Ministro de Minas y Energía.

Se invitó a participar en el presente juicio a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a la Contraloría General de la República, a la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), a la Defensoría del Pueblo, a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Externado de Colombia, Javeriana, de Caldas, del Norte y del Rosario. Se cursó igualmente invitación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

A. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de los artículos 4, 6, 8, 11, 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015 (donde se subrayan las partes demandadas), según aparece publicado en el Diario Oficial 49.565 del 6 de julio de 2015:

LEY 1762 DE 2015

(julio 6)

Diario Oficial No. 49.565 028 del 6 de julio de 2015

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:
(...)
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES PENALES Y PROCESALES PENALES
(...)

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

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

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

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

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

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

(...)

ARTÍCULO 6o. FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO. Modifíquese el artículo 320 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 320. *Favorecimiento y facilitación del contrabando.* El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte,

distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario".

(...)

ARTÍCULO 8o. FRAUDE ADUANERO. Modifíquese el artículo 321 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 321. *Fraude Aduanero.* El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el valor distinto de los tributos aduaneros declarados corresponda a error aritmético en la liquidación de tributos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley”.

(...)

ARTÍCULO 11. LAVADO DE ACTIVOS. Modifíquese el artículo 323 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 323. *Lavado de activos.* El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de

migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional”.

(...)

CAPÍTULO II

RÉGIMEN SANCIONATORIO COMÚN PARA PRODUCTOS SOMETIDOS AL IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZAS, SIFONES Y REFAJO; AL IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES, VINOS, APERITIVOS Y SIMILARES; Y AL IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO SANCIONES.

ARTÍCULO 14. SANCIONES POR EVASIÓN DEL IMPUESTO AL CONSUMO. El incumplimiento de las obligaciones y deberes relativos al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995, o el incumplimiento de deberes específicos de control de mercancías sujetas al impuesto al consumo, podrá dar lugar a la imposición de una o algunas de las siguientes sanciones, según sea el caso:

a) Decomiso de la mercancía;

- b) Cierre del establecimiento de comercio;
- c) Suspensión o cancelación definitiva de las licencias, concesiones, autorizaciones o registros;
- d) Multa.

ARTÍCULO 15. DECOMISO DE LAS MERCANCÍAS. Sin perjuicio de las facultades y competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en los términos de los artículos 200 y 222 de la Ley 223 de 1995, podrán aprehender y decomisar mercancías sometidas al impuesto al consumo, en los casos previstos en esa norma y su reglamentación. En el evento en que se demuestre que las mercancías no son sujetas al impuesto al consumo, pero posiblemente han ingresado al territorio aduanero nacional de manera irregular, los departamentos o el Distrito Capital, según sea el caso, deberán dar traslado de lo actuado a la autoridad aduanera, para lo de su competencia.

(...)

CAPÍTULO V. DISPOSICIONES VARIAS.

(...)

ARTÍCULO 51. EXTENSIÓN DE NORMAS DE APREHENSIÓN Y DECOMISO A MEDIOS DE TRANSPORTE. El medio de transporte en el que se haya encontrado mercancía objeto de aprehensión por causales previstas en el Estatuto Aduanero, será igualmente objeto de esta aprehensión y decomiso, de conformidad con estas mismas causales y conforme a los procedimientos previstos por la normatividad aduanera, siempre que la cuantía de las mercancías permitan la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos; o cuando el medio de transporte ha sido especialmente construido, adaptado, modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías.

B. LA DEMANDA

Los actores solicitan que se declare la inexecutable de las expresiones subrayadas de los artículos 4, 6, 8, 11, 14, 15 y el artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, por vulnerar los artículos 1, 2, 5, 6, 28, 29, 34, 58, 83 y 333 de la Constitución Política, 1, 2, y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dada la multiplicidad de normas demandadas, los actores desarrollan en su escrito seis argumentaciones separadas, una de las cuales, la relativa a los

artículos 14 y 15 de la ley, es conjunta, como se da cuenta enseguida.

Sobre la expresión demandada del artículo 4 de la Ley 1762 de 2015

La demanda afirma que esta expresión desconoce los artículos 1, 2, 5, 28 y 29 de la Constitución. El concepto de la violación parte del análisis del referido artículo y destaca que, si bien el legislador tiene un margen de configuración para los delitos y las penas, su ejercicio está sometido a unos límites. A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, precisa que estos límites son: (i) el deber de respetar los derechos constitucionales y su núcleo esencial; (ii) el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos a través del “derecho penal”; (iii) el deber de obrar conforme al principio de necesidad; (iv) el principio de estricta legalidad; (v) el deber de obrar conforme al principio de culpabilidad; (vi) el deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En este contexto, argumenta que:

[...] el Congreso de la República al configurar el delito de “contrabando” excedió los lineamientos que le impone el Estado Constitucional de Derecho, en la configuración no solamente de la conducta punible, sino de las penas principal y accesoria a aplicar, por cuanto: (i) excedió los límites que le imponen los derechos constitucionales, dentro de los que se encuentra la libertad personal garantizado por la Carta Política y por los compromisos del Estado con los derechos humanos y, por ende, desconoció la subsidiariedad del derecho penal; (ii) desconoció el principio de necesidad al tipificarse un delito sin analizar otras medidas diferentes a la sanción penal para prevenir la conducta social criminalizada y, (iii) el deber de aplicar el principio de estricta legalidad del acto para la creación del tipo penal, que resulta indeterminado, así como desatendió en principio de culpabilidad.

En efecto, sostiene que no toda conducta que atente contra el normal desenvolvimiento de la sociedad debe ser objeto de medidas que restrinjan o anulen los derechos fundamentales, como la dignidad humana (art. 1 CP) y la libertad (art. 28 CP), el fin esencial de garantizar su efectividad (art. 2 CP), su primacía (art. 5 CP), pues el derecho penal es la *ultima ratio* y en el ordenamiento jurídico ya existen otros medios para enfrentar el fenómeno social del contrabando, con una menor intervención al núcleo esencial de las garantías básicas de las personas, como pueden ser, por ejemplo, las medidas administrativas aduaneras de incautar mercancías e imponer multas.

Para los demandantes, dada la indeterminación del tipo penal, que para poder comprenderse requiere de la aplicación de otro tipo de normas, algunas de rango inferior a la ley, se desconoce el principio de estricta legalidad. Además, algunas expresiones del tipo penal, como los verbos “ocultar, disimular o sustraer” no tienen un contenido unívoco y uniforme, sino diversos

¹ En la demanda se alude a las sentencias C-385/15, C-829/14, C-368/14, C-239/14, C-742/12, C-365/12 y C-939/02.

significados semánticos de la conducta y pueden implicar cualquier comportamiento de quien se relacione directa o indirectamente con la mercancía. Tampoco se prevén unos criterios para que el juez pueda fijar la pena, que quedaría sometida a la discrecionalidad del juez, lo que va en contra del principio de legalidad.

Sobre la expresión demandada del artículo 6 de la Ley 1762 de 2015

Se afirma que esta expresión vulnera los artículos 2, 6, 29, 58, 83 y 333 de la Constitución, 1, 2 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El concepto de la violación plantea que al configurar este delito el legislador desbordó su margen de configuración, en tanto (i) omitió el principio de subsidiariedad y (ii) el principio de necesidad. Además, se afirma que la expresión en comento:

[...] (i) desconoce la presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva que hace parte del debido proceso constitucional (art. 29); (ii) desconoce la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (art. 58) y vulnera el principio constitucional de buena fe y la confianza legítima (art. 83); (iii) restringe irrazonablemente la actividad económica y la iniciativa privada libres (art. 333); (iv) vulnera el principio de responsabilidad, según el cual, los particulares solo responden ante la (sic.) autoridades por infringir la Constitución y las leyes (art. 6); (v) aplica sanciones penales por el incumplimiento de un deber legal vulnerando el artículo 29 de la Constitución y, (sic.) desconoce las garantías judiciales reguladas en los artículos 1, 2 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.

Para los demandantes, basta con que una persona sea encontrada en posesión, tenencia, o transportando, embarcando, desembarcando, almacenando, ocultando, distribuyendo o enajenando mercancías, de las cuales desconozca el modo de su introducción al país, para que incurra en este delito, sin que tenga la posibilidad de demostrar su no responsabilidad en el ingreso ilegal de tales mercancías o su sustracción al control aduanero. En este orden de ideas, podría ser responsabilizado penalmente por ejemplo, el conductor del vehículo donde se transporta la mercancía o de cualquier persona o intermediario que no tiene conocimiento de que está incurriendo en dicho delito. Lo anterior desconoce igualmente el derecho a la propiedad privada porque es posible que quien adquiere una mercancía, que pudo haber ingresado por contrabando, no lo sepa, con lo que se afecta también su buena fe y su confianza legítima.

Según la demanda, la amenaza de la privación de la libertad para el mero poseedor de mercancías que ingresan al país, cuando ello ocurre sin el lleno de los requisitos aduaneros exigibles, no es razonable, pues existen otros mecanismos menos restrictivos de la libertad personal y de la libre iniciativa privada. Además, consideran que la norma demandada criminaliza al

consumidor final que no cuente con la factura o documento equivalente. Esta exigencia no tendría en cuenta la existencia de formas legales diferentes a la factura de compraventa, por medio de las cuales se transfiere el dominio de las mercancías y los medios de prueba de la calidad de tenedor del bien. En últimas, se restringiría de manera ilegítima el medio de prueba de la condición del tenedor de buena fe exclusivamente a la factura con el lleno de los requisitos exigidos en el Código de Comercio, cuando existen otros medios de prueba igualmente conducentes y pertinentes para demostrar esta condición.

Sobre la expresión demandada del artículo 8 de la Ley 1762 de 2015

Se sostiene que esta expresión, al ser un concepto vago e indeterminado, quebranta el principio de legalidad, previsto en el artículo 29 de la Constitución.

Sobre la expresión demandada del artículo 11 de la Ley 1762 de 2015

Se asevera que esta expresión viola los artículos 1, 2, 5, 6, 28 y 29 de la Constitución, porque el legislador excedió su margen de configuración, pues:

[...] el Legislador (i) al configurar el contrabando y su favorecimiento como delitos que a su vez generan otro delito como es el lavado de activos, omitió la protección de otros derechos como la libertad personal que es interferida drásticamente, imponiendo como regla general la privación de la libertad; (ii) el principio de necesidad, al doblemente sancionar el contrabando como delito autónomo y a su vez como originario de lavado de activos, omitiendo tener en cuenta el carácter fragmentario o subsidiario del derecho penal; (iii) omitió el principio de estricta legalidad que tiene reserva de ley en sentido material, al establecer un tipo penal indeterminado y, (iv) omitió el principio de culpabilidad en cuanto al derecho penal de acto, pues no existe acción sin voluntad.

Sobre las expresiones demandadas de los artículos 14 y 15 de la Ley 1762 de 2015

Se manifiesta que estas expresiones infringen el artículo 34 de la Constitución, en la medida en que la conducta de no pagar un impuesto o de incumplir con otras obligaciones tributarias, se castiga con el decomiso de la mercancía, lo cual en la práctica implica su pérdida para el propietario y sería una forma de extinción del dominio², que al tenor del precitado artículo de la Constitución sólo procede respecto de *“bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”*, y debe hacerse por medio de *“sentencia judicial”*, lo cual se desconocería por la expresión demandada.

² Para sostener afirmación, la demanda alude a la sentencia C-674 de 1999.

Sobre la expresión demandada del artículo 51 de la Ley 1762 de 2015

Se asegura que esta expresión transgrede los artículos 29 y 34 de la Constitución, en la medida en que establece una responsabilidad objetiva, que puede llegar a ser penal, e implica la extinción de dominio sobre las mercancías transportadas, sin respetar el principio de culpabilidad y sin tener en cuenta los parámetros constitucionales para la extinción del dominio.

C. INTERVENCIONES

ENTIDADES PÚBLICAS

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Destaca que las normas demandadas fueron dictadas por el legislador, en ejercicio de las competencias previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución, sin menoscabo de ningún derecho fundamental. Advierte que el delito de contrabando ya estaba tipificado en el Código Penal, y no contraría la Constitución; que el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, que tiene relación con el delito preexistente de favorecimiento por servidor público, no desconoce la presunción de inocencia ni establece una responsabilidad penal objetiva, ni afecta el principio de buena fe, el derecho de propiedad o la libre actividad económica; que, en cuanto atañe al delito de fraude aduanero, la ley no puede señalar de manera taxativa todos los medios que se puede emplear para cometer un delito, pues ello es imposible; que de la circunstancia de que el delito de lavado de activos sea autónomo, no se sigue la imposibilidad de que llegue a ser conexo con el de contrabando; que, en relación con las sanción por evadir del impuesto al consumo y el decomiso de la mercancía, no se trata de la extinción del dominio sobre un bien.

Ministerio de Minas y Energía

Solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Advierte que *“los argumentos de los accionantes desdibujan completamente el sentido de la subsidiariedad del derecho penal”,* pues *“la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas cuando se verifica una necesidad real de protección penal y es precisamente esta la situación en la cual encuadran las tipificaciones de las conductas, relacionadas con el contrabando”.* La experiencia ha mostrado la insuficiencia de otros medios de control, no penales, frente a este fenómeno, que *“ha llevado al país incluso a situaciones de conflictos externos”.* El contrabando, además de afectar la industria nacional, del empleo y de las finanzas públicas, puede servir de instrumento para el lavado de activos de actividades ilícitas, lo que justifica su tipificación como delito.

Ministerio de Justicia y del Derecho

Solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Refiere que en la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley se justificó la necesidad de hacer frente al grave problema causado por el fenómeno del contrabando, que además de ser una práctica sistemática deriva sus recursos a grupos armados o delincuenciales, afecta a la economía formal y beneficia al crimen organizado, que se vale de ella para blanquear capitales, merma los ingresos fiscales nacionales y territoriales, y desestimula las inversiones y la actividad empresarial. Es tal la dimensión del problema que, como se dice en la exposición de motivos: *“El Estado colombiano ha declarado a los contrabandistas, lavadores de activos y evasores fiscales, como objetivos de alto valor, lanzando de tal forma una declaración de guerra en contra de las estructuras organizadas y mafias delincuenciales que ponen en riesgo la seguridad nacional, tal como en algún momento lo hizo en contra del flagelo del narcotráfico”*.

Señala que el legislador tiene un amplio margen de configuración en materia de política criminal, aunque sin desconocer los límites fijados en la Constitución, entre los que destaca la dignidad de las personas, el respeto a los derechos humanos y los principios de racionalidad y proporcionalidad (Sentencias C-329/03 y C-1404/00). En este contexto, se ocupa de manera especial del principio de legalidad (Sentencia C-559/99), para destacar que está prohibido aplicar la analogía o describir con ambigüedad las conductas punibles, pues las personas deben poder conocer con exactitud y antelación dichas conductas.

En este contexto, considera que no el legislador no desbordó su margen de configuración al tipificar el delito de contrabando, pues encontró que los bienes jurídicos protegidos *“resultan de tal entidad y dimensión tanto para la seguridad como estabilidad del Estado como de los ciudadanos, que ameritan medidas drásticas como la privación de la libertad”*; que la configuración del delito de favorecimiento o facilitación del contrabando, obedece a que el fenómeno del contrabando confluyen varios sujetos, el importador o exportador, el transportador y el comercializador, además de otras personas que les ayudan en estas actividades y en el almacenaje de las mercancías, y la responsabilidad penal de cada persona resulta de un proceso con todas las garantías, en el cual se demuestra su culpabilidad; que la expresión *“por cualquier medio”*, prevista en el tipo penal de fraude aduanero, debe interpretarse de manera sistemática con el resto del artículo, cuyos verbos rectores son suministrar información falsa, manipular la información y ocultar la información, con lo cual se supera la aparente ambigüedad o vaguedad; que si bien *“es posible que el lavado de activos se cometa de manera simultánea con las conductas de contrabando, en aquellos casos cuando se acude a modalidades de contrabando y al obtener el “levante” se dan visos de*

legalidad a la mercancía” y “también es posible que el contrabando y el fraude aduanero se comentan con anterioridad y posteriormente de los bienes derivados de este tipo de conductas se quieran ingresar al torrente legal de bienes, de divisas u otros”, evento en el cual “las conductas perseguidas adquieren el carácter de delito subyacente al lavado de activos”, como delito autónomo (Sentencia C-931/07); que los demás cargos se fundan en la circunstancia de pasar por alto la diferencia que “existe entre el decomiso como medida de carácter administrativo, sea fiscal o aduanero, y la extinción de dominio, como medida patrimonial” (Sentencia C-931/07).

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Solicita a este Tribunal que se inhiba de pronunciarse por el cargo de vulneración del principio de estricta legalidad, que se predica de las expresiones demandadas de los artículos 4, 6 y 11 y, en subsidio, que se declare su exequibilidad. Solicita además, que se declare la exequibilidad de las normas demandadas por los demás cargos propuestos.

Considera que el cargo de que los artículos 4, 6 y 11 de la Ley 1762 de 2015 vulneran el principio de legalidad no satisface los mínimos argumentativos de especificidad, pertinencia y certeza, y que, en caso de que se lo estudiara, no podría llegar a prosperar. El cargo carece de especificidad en tanto se basa en argumentos indirectos, vagos e indeterminados, dados por el razonamiento subjetivo que sin soporte hace la demanda; carece de pertinencia en tanto emplea meros puntos de vista subjetivos y no se apoya en normas constitucionales; y carece de certeza en tanto la demanda no justifica sus alegaciones, sino que presenta una conclusión sin sustento argumentativo objetivo.

En cuanto a la tipificación de los delitos de contrabando y de lavado de activos, argumenta que en ella no se desconoce los principios de subsidiariedad, necesidad y *ultima ratio* del derecho penal, se respeta el principio de legalidad, con una descripción clara y completa de las conductas punibles y se atiende a los criterios de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción. Afirma que el fenómeno del contrabando, antes de la vigencia de la actual Constitución, era una conducta punible; en el Decreto Ley 1750 de 1991 se cambió esta circunstancia, para calificar el contrabando como infracción administrativa; en razón de la insuficiencia de esta medida para controlar el fenómeno, en la Ley 383 de 1997 se volvió a penalizar la conducta (contrabando y favorecimiento), sin que desaparecieran las medidas administrativas; norma reiterada en el Código Penal del año 2000 y los dos delitos fueron modificados por la Ley 788 de 2002 y ahora se modifica en la Ley 1762 de 2015, para mejorar la eficiencia en el control de este fenómeno y del lavado de activos. El contrabando y el lavado de activos tienen un alto impacto en la economía y en el fisco, al punto de que en un informe de la DIAN³ “se estima que el contrabando abierto presentado durante el año 2013

³ Informe de la estimación de la distorsión en el valor de las importaciones colombianas, año 2013.

asciende a un monto total de US\$ 738 millones. Por otra parte, el fenómeno de la subfacturación –asociado al contrabando técnico- se estima en US\$ 6.135 millones”; y de que, en un documento CONPES⁴, se calcula que *“En Colombia el lavado de activos alcanza aproximadamente el 3% del PIB, que en pesos 2010 representa \$16 billones anuales”*.

En cuanto a la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, destaca que no se desconoce ni la presunción de inocencia, ni se establece una responsabilidad objetiva, pues para que se configure este punible, dado que se trata de mercancías introducidas al país de manera ilegal, *“es necesario tener conocimiento de la ilegalidad previa”*, lo cual se establece en un juicio de culpabilidad, como ocurre con cualquier otro delito (art. 9 de la Ley 599 de 2000). Y, en cuanto a los cargos restantes, sostiene que *“no es jurídica ni técnicamente posible equiparar el decomiso con la extinción de dominio”*, aserto que ilustra con las Sentencias C-194 de 1998 de la Corte Constitucional y del 9 de noviembre de 2006 (Proceso 26130) de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Ministerio de Relaciones Exteriores

Solicita a este Tribunal que se inhíba de pronunciarse, por ineptitud sustancial de la demanda y, en subsidio, que se declare la exequibilidad de las expresiones demandados.

La afirmación de que la demanda no tiene aptitud sustancial de la demanda se funda en que:

[...] los actores no indican con suficiente claridad (coherencia argumentativa) de los diferentes artículos demandados, los fundamentos de su supuesta contrariedad con la Constitución Política de Colombia. Por el contrario, se limitan a traer a colación en las normas demandadas, los mismos fundamentos e idénticas consideraciones a lo largo de su escrito. Es decir, existe un pobre estudio de constitucionalidad respecto de cada uno de los artículos objeto de la presente acción. // Igualmente, brilla por su ausencia, el requisito de especialidad que debe contener este tipo de controles judiciales excepcionales; en efecto, no existe un solo cargo concreto en el escrito demandatorio contra las normas acusadas, su fundamento es absolutamente vago, impreciso y abstracto, ni siquiera se razona en la demanda, los antecedentes de cada artículo demandado, su finalidad y contrariedad con preceptos constitucionales y pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico constitucional. // Finalmente, no se genera esa duda mínima [...], es decir no se cuenta con el requisito de suficiencia de estas demandas, ya que el escrito simplemente se limita a profundizar consideraciones personales y subjetivas, que conducen supuestamente a la contrariedad de la Carta Magna.

⁴ Documento CONPES 3793. Política nacional anti lavado de activos y contra la financiación del terrorismo.

La solicitud subsidiaria se funda en el margen de configuración del legislador en materia de delitos y de penas, que considera amplio, cuyo ejercicio en este caso tiene una serie de justificaciones adecuadas para combatir la creciente delincuencia en el contrabando y no afectan ningún límite constitucional.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

A partir de los objetivos generales de la Ley 1762 de 2015, visibles en su exposición de motivos, en lo relevante para este caso considera que la ley *“busca enervar la utilización de recursos adquiridos de manera ilegal y producto del contrabando por parte de estructuras organizadas del crimen, que ponen en grave riesgo la integridad del Estado colombiano y la de sus ciudadanos, así como la preservación y buen funcionamiento del Estado de Derecho y de sus instituciones”*. Por su impacto y efectos en el orden económico, el fenómeno del contrabando, que *“desfigura la economía nacional y que genera como consecuencia necesaria problemas de inflación, devaluación, revaluación, desempleo, desequilibrio económico”*, puede ser considerado por el legislador, en términos claros y unívocos, como en este caso, conforme al principio de necesidad, como un delito. Señala que por su propia dinámica, el fenómeno del contrabando requiere de la intervención de varias personas, además de la que importa o exporta las mercancías, como es el caso de las responsables de su almacenamiento, transporte y comercialización. El obrar de estas personas también vulnera el orden económico y no puede ampararse en el derecho a la propiedad, en el principio de la buena fe o en la libertad económica. Precisa que la ley no busca *“criminalizar la conducta del poseedor, del propietario y/o el mero tenedor de la mercancía por el solo hecho de tener esa condición, pues es claro que quien pretenda alegar dichas calidades debe demostrar que las mercancías fueron introducidas al país de manera legal, es decir, sin que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero”*.

Advierte que el tipo penal de fraude aduanero reemplaza el tipo de defraudación de rentas de aduana, e incluye otros verbos rectores, en los cuales caben conductas diferentes a la de presentar la declaración de importación. En este contexto, el fraude se puede cometer por medios escritos, virtuales u orales, que es a lo que se refiere, sin ambigüedades, la expresión demandada. A partir de la definición del delito de lavado de activos por la Corte Suprema de Justicia, como *“la operación realizada por el sujeto agente para ocultar dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y su posterior vinculación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos”*⁵, pone de presente que el contrabando y el fraude aduanero pueden ser delitos subyacentes al lavado de activos, como ocurre, por ejemplo, con el contrabando técnico, con el ingreso al comercio legal de los bienes o de las divisas.

⁵ Sentencia del 5 de octubre de 2006 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto de los cargos restantes, indica que la demanda incurre en una *“confusión semántica y de naturaleza judicial”* entre los conceptos de extinción de dominio y decomiso administrativo, lo cual ilustra con las Sentencia C-459 de 2011.

Contraloría General de la República

En intervención, recibida de manera extemporánea, se solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Destaca que el fenómeno del contrabando *“se caracteriza por su alta complejidad y por su alto impacto económico y social”*, de tal suerte que su penalización se encuadra en el margen de configuración del legislador, como se hace explícito en la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley, en la cual, además, se examinó la insuficiencia de las medidas preexistentes y la necesidad de diseñar una estrategia integral, siendo uno de sus elementos principales el de una estructura normativa de carácter penal.

Dirección General Marítima (DIMAR)

En intervención recibida de manera extemporánea, se solicita que este Tribunal se inhiba de pronunciarse sobre la exequibilidad de la expresión demandada del artículo 51 de la Ley 1762 de 2015.

Luego de precisar sus competencias en materia de coordinación y control de actividades marítimas y, en especial, respecto de la sanción de las infracciones a la normatividad marítima, a partir del Decreto Ley 2324 de 1984 (art. 4 y 76) y de la Resolución 520 de 1999 de la DIMAR (art. 9 y 12), y de advertir que según la costumbre internacional marítima, los posibles punibles a los que se refieren los verbos retores transportar, embarcar y desembarcar serían responsabilidad del capitán de la nave, señala que sólo la expresión demandada del artículo 51 de la Ley 1762 de 2015 puede llegar a tener relación con sus funciones. Su solicitud se funda en los siguientes argumentos:

Al respecto, debe señalarse que la actora no cumple con los requisitos de claridad y suficiencia, teniendo en cuenta que no existe coherencia en sus argumentos al confundir a la extinción de dominio, establecida en el artículo 34 constitucional y desarrollada en la Ley 1708 de 2014, con las facultades administrativas de decomiso a cargo de las Autoridades Aduaneras. Resulta obvio que dichas actuaciones sancionatorias de tipo administrativo tienen una naturaleza objetiva, contrario al juicio penal de contenido subjetivo.

En tal sentido, no existe reproche desde el punto de vista constitucional que (sic.) la Autoridad Aduanera pueda ejercer medidas administrativas en contra de bienes que estén involucrados en conductas que

contravengan el ordenamiento jurídico en la materia (Decreto 2685 de 1999, Estatuto Aduanero), lo cual difiere claramente de las normas sobre extinción de dominio, al tener una naturaleza judicial. No cabe duda entonces que respecto a dicho artículo no se han identificado de forma adecuada los cargos de inconstitucionalidad, como tampoco se aportan elementos de relevancia constitucional para realizar el control por parte de la Corte.

OTRAS INTERVENCIONES

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

Solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Destaca que el tipo penal de contrabando sólo se aplica cuando la cuantía de las mercancías supera los 50 smmlmv, con lo cual no se puede afirmar, como lo hace la demanda, que se trata de una medida de maximalismo punitivo. Si bien existen otras herramientas diferentes a las penales para hacer frente a este fenómeno, como se refiere en la exposición de motivos del proyecto de ley, ellas no han sido adecuadas. En este contexto, el tipo penal corresponde al ejercicio de la competencia de configuración normativa del legislador, y sus elementos, organizados a partir de tres verbos rectores, se ajustan al principio de legalidad estricta. A partir de la presunción de inocencia, señala que la mera posesión de una mercancía no implica la responsabilidad penal de una persona, pues es necesario desvirtuar en un juicio la presunción por medio de la demostración de su culpabilidad. En este contexto, el tipo penal no vulnera la propiedad privada, que no puede protegerse respecto de bienes adquiridos sin arreglo a la ley, ni la presunción de buena fe, que se desvirtúa por la antedicha demostración, como no se puede plantear la libertad económica para desarrollar actividades al margen de la ley. Por medio de una interpretación integral del artículo 8 de la Ley 1762 de 2015, en especial de sus verbos rectores, es posible precisar el alcance del tipo penal, de tal manera que se supera su aparente indeterminación o vaguedad. Considera que el fenómeno del contrabando, en tanto puede implicar el “*blanqueo de la utilidad generada*” por una actividad ilícita, se enmarca dentro de los supuestos del lavado de activos. Respecto de los cargos restantes, considera necesario aludir a las sentencias C-194 de 1998 y C-374 de 1997, para dejar en claro que el decomiso aduanero no puede equipararse a la extinción de dominio.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, en su oportunidad, emitió el Concepto 6002, por medio del cual hace las siguientes solicitudes: “(i) [que] se declare *INHIBIDA* para pronunciarse de fondo respecto de la constitucionalidad de los artículos 6, 8 y 11 de la Ley 1762 de 2015, por ineptitud sustantiva de la demanda; y (ii) [que] declare *EXEQUIBLE* los

apartes normativos demandados de los artículos 4, 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015”.

Los artículos del Código Penal reformados por las expresiones demandadas, deben interpretarse de manera sistemática con el artículo 12 del referido código, conforme al cual “[s]ólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda entonces erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. El sostener que sea posible condenar a una persona sin este presupuesto, obedece a una interpretación subjetiva e infundada de la norma, lo que se hace evidente la falta de certeza del cargo. Algo semejante ocurre respecto de la vulneración del principio de buena fe y del derecho de propiedad, pues si se interpreta las expresiones poseedor y tenedor conforme a la ley civil, se tiene que el tipo penal previsto en el artículo 6 de la Ley 1762 de 2015, “no se refiere al comprador final del producto”, que no puede conocer la irregularidad del producto que adquiere, sino a quien, “con pleno conocimiento y voluntad, facilita o favorece, por medio de las acciones descritas en la norma, la actividad de quien ingresa o extrae del territorio nacional mercancías de manera ilegal”.

Según el concepto del Procurador, el cargo que se plantea respecto del artículo 8 de la Ley 1762 de 2015 también carece de certeza, pues corresponde a una lectura errónea que la demanda hace. En efecto, la expresión “por cualquier medio”, en realidad no genera indeterminación en ninguno de los elementos del tipo, sino que aclara aún más la conducta punible, en la medida en que precisa que sin importar el medio por el cual se realice, ésta está prohibida, es decir, que el medio empleado no es relevante para determinar la responsabilidad penal.

Lo que se dice respecto del tipo penal de lavado de activos, previsto en el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, incurriría en el repetido defecto de falta de certeza. Al pasar por alto el mencionado artículo 12 del Código Penal, que es necesario en la interpretación sistemática de la norma, se asume de manera indebida que se puede incurrir en responsabilidad penal sin culpabilidad. Si bien los cargos por violación del principio de necesidad y de legalidad, predicados y la expresión demandada de este artículo sí tienen aptitud sustancial, no pueden prosperar dado que la naturaleza del bien jurídico protegido y la grave lesión que se le causa, justifica la tipificación del delito, y los términos inequívocos en los que se prevén los elementos del tipo hacen, que no exista la alegada indeterminación o vaguedad.

El Procurador argumenta que el legislador tiene un amplio margen de configuración en materia punitiva, dentro del cual puede penalizar conductas que considere como altamente lesivas de bienes jurídicos, siempre que respete los límites constitucionales⁶. En este contexto, considera que la protección del orden económico y, dentro de él, del erario, es importante para el Estado, en la medida en que el fenómeno del contrabando es de los que más inciden en este

⁶ Para ilustrar estos límites cita la sentencia C-742 de 2012.

bien jurídico y, dada su persistencia como problema, requiere “*ser enfrentado con herramientas normativas más poderosas*”. Por tanto, la tipificación de este delito satisface el principio de necesidad. Los términos en que está redactado el tipo penal, que son precisos en los sujetos, en la conducta punible, en su objeto, en la pena y en las circunstancias específicas de agravación hacen que también se satisfaga el principio de legalidad.

Respecto a los cargos restantes, advierte que el decomiso previsto en las expresiones demandadas de los artículos 14, 15 y 51, es una figura diferente a la extinción de dominio⁷, por lo que a la primera no le es exigible la existencia de una providencia judicial que la declare, como sí lo es respecto de la segunda. El decomiso es una sanción prevista en la ley, “*por medio de la cual se priva de la propiedad de un bien a su titular, sin indemnización alguna, toda vez que éste se obtiene mediante la infracción de una norma penal o administrativa*”; mientras que la extinción de dominio es una “*institución autónoma, constitucional, de carácter patrimonial, que permite al Estado [...] desvirtuar el derecho de propiedad de quien dice ostentarlo, debido a que nunca lo ha adquirido en razón del origen ilegítimo y espurio de su adquisición*”, sea por haberlo obtenido como resultado de una infracción penal, de un indebido aprovechamiento del patrimonio público o contraviniendo de manera grave la moral social. Así, pues,

[...] si bien es cierto que el decomiso administrativo, como el que se establece en la norma demandada, implica la pérdida del derecho de propiedad, éste en todo caso no requiere de declaración judicial, puesto que esta reserva fue establecida por el constituyente para aquellos supuestos señalados en el artículo 34 constitucional que, se reitera, se relacionan con la adquisición ilegítima del bien objeto de la extinción. Mientras que el decomiso no tiene por objeto declarar la legitimidad de la forma en que fue adquirido el bien, sino sancionar la inobservancia de una obligación legal establecida por la administración con una finalidad legítima.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este Tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra preceptos contenidos en un acto jurídico con fuerza y rango de ley, contenidos en la Ley 1762 de 2015, “*Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*”.

Cuestiones previas

⁷ Esto lo ilustra con la sentencia C-459 de 2011.

2. Antes de abordar el estudio de fondo de los cargos formulados, esta Corte estudiará dos cuestiones previas que determinan el contenido de los problemas jurídicos y la extensión del pronunciamiento que adoptará la Corte Constitucional: (i) la aptitud de la demanda y (ii) la posible existencia de cosa juzgada, respecto de algunos de los cargos formulados.

La aptitud de la demanda

3. De manera previa a la decisión de fondo, esta Corte se pronunciará respecto de la aptitud de los cargos, requisito necesario para permitir un pronunciamiento sustancial.

4. En el concepto remitido a este Tribunal, el Procurador General de la Nación solicita que la Corte Constitucional se inhiba de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de las partes demandadas de los artículos 6 y 8 de la Ley 1762 de 2015 y en lo que se refiere a la posible introducción de un caso de responsabilidad objetiva, respecto del artículo 11 de la misma ley. Considera el Procurador que en esos tres casos la demanda no reúne los requisitos mínimos exigidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, por considerar que los demandantes parten de una errada interpretación o lectura equivocada de las normas. Por su parte, en su intervención, el Ministerio de Hacienda solicita a la Corte inhibirse respecto de los cargos formulados frente a los artículos 4, 6 y 11 de la Ley en cuestión, en lo relativo a la posible vulneración del principio de legalidad, ya que considera el interviniente que la demanda parte de razonamientos vagos e imprecisos, que no resultan sustentados en razones concretas. Por último, la Cancillería considera que la Corte debe inhibirse respecto de toda la demanda, porque realiza “un pobre estudio de constitucionalidad”.

5. Es cierto que algunas partes de la demanda utilizan una argumentación compleja, reiterativa y, por momentos, difícil de comprender. Estos defectos fueron advertidos al momento de admitir la demanda, pero fueron obviados en aplicación del principio *pro actione* que, gracias a una lectura detenida de la demanda, permitió entender los cargos formulados y generaron una duda respecto de la constitucionalidad de las normas demandadas. Ahora bien, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que la admisión de la demanda no implica necesariamente que la Corte Constitucional deba realizar un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda y, es posible que el fallo reconozca la existencia de cosa juzgada constitucional y ordene estarse a lo resuelto o sea inhibitorio total o parcialmente⁸. Esto implica que sea necesario estudiar previamente la cuestión de la aptitud sustancial de la demanda.

⁸ Cuando “(...) la Corte entra a proveer sobre su admisibilidad, esta primera providencia constituye apenas el estudio o juicio inicial del asunto que habrá de desarrollarse a través de diferentes etapas que se encuentran previstas en el Decreto 2067 de 1991, como lo son la probatoria, la intervención ciudadana y el concepto del Procurador General de la Nación, que una vez cumplidas y valoradas por el juez constitucional le permiten ahora disponer de mayores elementos de juicio para entrar a proferir la decisión que corresponda la cual puede ser de mérito, inhibitoria o incluso de estarse a lo resuelto”: Corte Constitucional, sentencia C-856/05.

6. Los apartes de la demanda que generan duda respecto del cumplimiento de los requisitos del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 son los siguientes y se procederá a analizarlos:

7. Artículo 4 de la Ley 1762 de 2015. Contrabando: Considera la demanda que al tipificar el comportamiento, sin tomar en consideración otros instrumentos menos lesivos frente al **principio de libertad**, el legislador desconoció el **principio de la necesidad de la pena** y la **subsidiariedad del “derecho penal”**. Respecto de este cargo, la demanda precisa las normas constitucionales presuntamente vulneradas, realiza una argumentación lógica de confrontación entre la norma demandada y la Constitución que resulta suficiente para generar un debate respecto de su constitucionalidad. Considera también la demanda que la descripción del delito hecha por el legislador no satisface las exigencias de **estricta legalidad** en la medida en que considera que los verbos rectores utilizados por el legislador para describir el hecho punible son vagos, porque no tienen un contenido “unívoco y uniforme”, lo que permite subjetividad al momento de realizar la adecuación típica del comportamiento. Este cargo satisface las exigencias del examen de constitucionalidad, en cuanto a que plantea, de manera suficiente, una duda respecto de la constitucionalidad de la norma legal.

En el mismo sentido sostiene que la norma desconoce el **principio de legalidad** porque dejó a la discrecionalidad absoluta del juez la determinación de la pena principal y la accesoria, al no señalar los criterios para aplicarlas. Se trata de un cargo relativo a una omisión legislativa inexistente ya que, de la simple lectura del Código Penal (Ley 599 de 2000), se deduce que tal reproche no cumple con el requisito de certeza, que se refiere a la presencia de una norma existente, no deducida o implícita o, también, como en este caso, de una omisión cierta. En efecto, a partir del capítulo II, el Código Penal establece los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad (artículos 54 al 62): circunstancias de mayor y menor punibilidad, deber de motivación de la individualización de la pena, parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables, etc. Por consiguiente, respecto de este cargo, la Corte Constitucional se declarará inhibida por falta de certeza. Finalmente, la demanda argumenta que la descripción del delito no cumple con los requisitos de **culpabilidad** ya que *“la descripción de la conducta lleva a absurdos como por ejemplo, alguien lleva una mercancía en el baúl de su vehículo por compra que efectuó a otra persona, pero al final resulta que la misma no había pasado el control aduanero, supuesto en el cual se criminaliza por el solo hecho de poseer o tener la mercancía, sin consideración de su culpabilidad”*. Este cargo no se encuentra desarrollado y parte de simples especulaciones sin sustento en el tenor de la norma demandada ya que el ejemplo planteado, a más de ser insuficiente desde el punto de vista argumentativo (requisito de especificidad), no encuadra en la descripción del delito de contrabando, es decir, no cumple el requisito de certeza de la

demanda⁹. Por esta razón, en lo que respecta al cargo de vulneración de la culpabilidad, esta Corte se declarará inhibida.

8. Artículo 6 de la Ley 1762 de 2015. Favorecimiento y facilitación del contrabando. La demanda se refiere a la vulneración de la **presunción de inocencia y del principio de culpabilidad** en la medida en que considera que “*basta con que la persona sea encontrada en posesión, tenencia, transportando, embarcando, desembarcando, almacenando, ocultando, distribuyendo y enajenando mercancías introducidas al país de manera ilegal*” o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en cuantía superior a 50 smlmv “*para que automáticamente incurra en prisión*”, sin tomar en consideración el elemento subjetivo en la realización de esos comportamientos. Agrega la demanda que, por la realización de los verbos rectores, “*se presume su culpabilidad*”. Considera además que el inciso final de la norma vulnera el principio de culpabilidad en cuanto sanciona penalmente al que no conserve la factura de compra, por ese solo hecho, incluso si ha comprado productos con procedencia lícita.

En efecto, este cargo no cumple con los requisitos mínimos que permitan un pronunciamiento de fondo respecto de la constitucionalidad de la norma por cuanto, si bien se trata de argumentos claros, específicos y pertinentes, parten de supuestos normativos inexistentes, ya que la norma en cuestión no establece presunción alguna de culpabilidad, que diere lugar a un debate respecto de su constitucionalidad y, por el contrario, de la interpretación sistemática del Código Penal, claramente se infiere que la culpabilidad es una exigencia general para la sanción de cualquiera de los comportamientos tipificados en ese Código, el que según su artículo 12 declara de manera perentoria: “*Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*”. Esto quiere decir que la argumentación desarrollada en este cargo no cumple con el requisito de certeza que permita a esta Corte realizar un pronunciamiento de fondo respecto de la constitucionalidad de un precepto normativo inexistente, es decir, aquel que presuma la culpabilidad. Sostiene, por otra parte, que el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando desconoce el **derecho a la propiedad privada y el respeto de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles** ya que se sanciona a quien ha adquirido a través de un justo título la mercancía.

En efecto, considera que si la compraventa es un justo título, de acuerdo con las leyes civiles, sancionar a quien ha comprado la mercancía fruto del contrabando, desconoce el artículo 58 de la Constitución. Se trata de una argumentación contradictoria e insuficiente que implica que cualquier compraventa, incluso la que tenga objeto ilícito, debe ser protegida por el

⁹ Este fue uno de los argumentos utilizados por esta Corte, en la sentencia C-856/05, para declararse inhibida ya que “*el actor parte de un supuesto normativo inexistente lo que lleva a señalar a esta Corte la falta de certeza en dicho razonamiento*”.

ordenamiento jurídico y, en consecuencia, el hecho no puede ser sancionado. Este mismo razonamiento es utilizado para formular el cargo según el cual la norma vulnera el artículo 6 de la Constitución, relativo al principio de responsabilidad, según el cual los particulares solamente están llamados a responder por infringir la Constitución o las leyes y si el artículo 58 autoriza a celebrar contratos de compraventa, el Código Penal no podría, de manera válida, sancionar un hecho que la misma Constitución permite. Estos cargos no reúnen el requisito de suficiencia que permita generar, al menos, una duda mínima respecto de la constitucionalidad de la norma que justifique un examen por parte de esta Corte. Respecto de estos cargos, la Corte Constitucional se declarará entonces inhibida. Los otros cargos formulados por la demanda, sí reúnen los requisitos para permitir un juicio de constitucionalidad: vulneración del principio de confianza legítima, afectación desproporcionada de la libertad económica, debido proceso y garantías judiciales, legalidad estricta, subsidiariedad de la sanción penal, principio de necesidad, sanción penal *ultima ratio* e igualdad.

9. Artículo 8 de la Ley 1762 de 2015. Fraude aduanero: la demanda se refiere a la vulneración de la legalidad, por cuanto considera que la expresión “*por cualquier medio*”, utilizada por la norma, no permite a las personas, ni a los operadores de la norma saber de manera previa, con exactitud, cuáles son las conductas prohibidas, lo que determinaría una posible indeterminación de la descripción del delito. El cargo genera duda respecto de la constitucionalidad de la norma y, por lo tanto, amerita un juicio de constitucionalidad.

10. Artículo 11 de la Ley 1762 de 2015. Lavado de activos: La demanda indica que la descripción típica afecta el **principio de libertad**, el **principio de la necesidad de la pena** y la **subsidiariedad del “derecho penal”**. Considerando que la argumentación utilizada para sustentar este cargo coincide con la puesta de presente respecto de las otras normas demandadas, por los argumentos expuestos atrás, esta Corte realizará un pronunciamiento de fondo frente a este cargo. También acusa la demanda que la norma en cuestión desconoció el **principio de legalidad** por la “vaguedad y máxima amplitud de los verbos rectores” y de otras expresiones como “realizar cualquier otro acto”. El cargo se encuentra explicado y argumentado de manera suficiente, a través de razones pertinentes que permiten entender la posible contradicción de la norma con el texto constitucional y, por consiguiente, esta Corte se pronunciará de fondo respecto de este cargo.

Por el contrario, el cargo relativo al respeto de los **derechos fundamentales** se encuentra enunciado, mas no desarrollado argumentativamente, es decir, no reúne los requisitos de claridad, especificidad ni suficiencia y, por consiguiente, no será objeto de debate constitucional y la Corte se inhibirá a este respecto. Finalmente, la demanda considera que la norma es inconstitucional por desconocer el **principio de culpabilidad** ya que deduce que cuando la norma indica que quien realice los verbos rectores del delito, “*incurrirá por esa sola conducta*” en prisión, introduce una especie de sanción

automática que no toma en consideración el elemento subjetivo. Este cargo no será objeto de control de constitucionalidad por cuanto parte de una errada interpretación de la norma. En efecto, tratándose de la descripción típica de un delito que refiere a otros comportamientos típicos desde el punto de vista penal, indica que cada uno de ellos se sancionará de manera individual, no que se obvие el debido proceso, incluido el juicio de culpabilidad que, como ya se indicó más arriba, es exigencia constitucional y legal para cualquier clase de delito. Al no reunir el requisito de certeza¹⁰ necesario para proceder al control de constitucionalidad, esta Corte se inhibirá respecto de este cargo.

11. El control de constitucionalidad de las leyes no es el mecanismo previsto por la norma superior para resolver las dudas interpretativas de las normas, salvo cuando estas dificultades generen inseguridad jurídica, situación inconstitucional¹¹, es decir, en general, afecten principios, valores, derechos o garantías constitucionales y, en este caso, el problema interpretativo deje de ser un asunto legal y se convierta en un problema constitucional¹². La interpretación del sentido de las leyes le corresponde constitucionalmente al Congreso de la República (artículo 150, numeral 1 de la Constitución), a los jueces de la República, al momento de decidir las pretensiones puestas a su consideración¹³ e incluso a la doctrina. El control de constitucionalidad está establecido para garantizar la supremacía constitucional y, para esto, debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad respecto de las leyes y los otros actos con fuerza y rango de ley, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento, (artículo 241 de la Constitución, numeral 4), no por las dudas interpretativas que asalten a los ciudadanos; tramitar demandas en las que no exista una verdadera acusación respecto de la constitucionalidad de la norma, conduciría a esta Corte a exceder sus funciones constitucionales. Esto no significa que la Corte Constitucional no deba interpretar las leyes, pero, como cualquier otro juez, solamente en cuanto sea necesario para el cumplimiento de su función de administración de justicia¹⁴.

¹⁰ Respecto de la demanda de la expresión “moral”, contenida en el artículo 68 de la ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, la sentencia C-710/12 consideró que los “Cargos carecen de certeza, pues se estructuran a partir de una interpretación subjetiva del precepto demandado y no guardan relación con su contenido”.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-415/02.

¹² Para decidir de fondo la demanda formulada contra el artículo 84 del decreto-ley 01 de 1984, para ese entonces, Código contencioso administrativo, por la posible vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia, en razón de la interpretación dada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, denominada teoría de los móviles y las finalidades, esta Corte consideró que: “(...) si una preceptiva legal puede ser interpretada en más de un sentido por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la aplicación de la ley, y alguna de ellas entra en aparente contradicción con los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución Política, corresponde a la Corte adelantar el respectivo análisis de constitucionalidad con el fin de establecer cuál es la regla normativa que, consultando el espíritu del precepto, en realidad se ajusta o se adecua a la Carta Política”: sentencia C-426/02, que declara la constitucionalidad condicionada de la norma.

¹³ “(...) interpretar la ley y definir su aplicación en los casos concretos, misión propia de los jueces competentes y no de la Corte Constitucional”: Corte Constitucional, sentencia C-239/94. En este caso, esta Corte resolvió si la expresión “a partir de la vigencia de la presente ley”, prevista en el artículo 7 ley 54 de 1990, desconocía el principio de igualdad por excluir las uniones existentes antes de la vigencia de esa norma. No obstante, la Corte Constitucional determinó que la interpretación del sentido de la expresión normativa es función propia de los jueces de la República, en concreto, de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁴ “Resulta necesario por tanto que antes de efectuar un juicio de constitucionalidad sobre la norma acusada, la Corte determine cuál es el sentido que tiene esa disposición, independientemente de si las dos

La cosa juzgada

12. La cosa juzgada es condición del correcto funcionamiento del Estado social de Derecho; determina el efectivo sometimiento de los órganos del poder público al ordenamiento jurídico, a la vez que es causa de la seguridad jurídica creada por el respeto de las decisiones de los jueces por parte de los ciudadanos, los otros órganos del poder público e, incluso, por los mismos jueces. La jurisprudencia de esta Corte ha identificado los distintos tipos de cosa juzgada constitucional¹⁵, fundada en el inciso primero del artículo 243 de la Constitución¹⁶, a través de dos criterios: la magnitud o extensión del control realizado por la Corte Constitucional y la forma de la identidad en los contenidos normativos. La magnitud o extensión del control determina que, en ocasiones, los efectos de la sentencia del control abstracto de constitucionalidad se predicen únicamente de las normas respecto de las cuales se realizó el control de constitucionalidad; en este caso la **cosa juzgada es relativa** ya que podrá volverse a formular una demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, pero por razones diferentes a las ya examinadas por la Corte¹⁷. El carácter relativo de la cosa juzgada puede ser explícito en la parte resolutive de la Sentencia o, deducirse de la parte motiva del fallo. Por el contrario, cuando los efectos de la Sentencia se predicen respecto la totalidad de la Constitución, la discusión constitucional se encuentra cerrada por cualquier razón, porque la **cosa juzgada es absoluta** haya declarado la exequibilidad o la inexequibilidad de la norma. Según el criterio de la forma de la identidad en los contenidos normativos, la cosa juzgada puede predicarse de la misma norma, formalmente hablando, o de una norma formalmente distinta, pero materialmente igual. En el primer caso la **cosa juzgada es formal** y en el segundo es **material**¹⁸.

13. Además, el inciso segundo del artículo 243 de la Constitución Política dispone que *“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”*. De esta norma se derivan los elementos de la cosa juzgada constitucional: (i) la identidad de los contenidos materiales de los actos jurídicos y (ii) la misma causa jurídica de la demanda, es decir, las mismas normas constitucionales que fueron tomadas en consideración, para realizar el cotejo abstracto de constitucionalidad. Esto quiere decir que, según

interpretaciones tomadas separadamente se ajustan a la Carta. Si no se procediera de esta forma, sostener dos interpretaciones contrarias sobre una norma legal, conduciría a una flagrante vulneración al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior”: Corte Constitucional, sentencia C-415/02 que declaró constitucionalmente condicionado el art 148 de la ley 446 de 1998 al determinar la interpretación constitucionalmente aceptable de la expresión apelación *“ante las mismas”*, utilizada por esta norma.

¹⁵ La sentencia C-061/10 realiza un recuento de las distintas formas de cosa juzgada.

¹⁶ *“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”*: artículo 243, inciso 1 de la Constitución.

¹⁷ Respecto de la clasificación entre cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa ver, entre otros pronunciamientos las sentencias C.-774/01, C-355/09, C-406/09 y C-840/12.

¹⁸ Respecto de la clasificación entre cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa ver, entre otros pronunciamientos las sentencias C-489/00, C-562/00, C-779/01 y C-310/02.

se deriva del artículo 243 de la Constitución, desconoce la cosa juzgada constitucional tanto la reproducción de la norma legal declarada inexecutable por la Corte Constitucional, como su reproducción mediante un acto administrativo, aunque en este caso el responsable de verificar el respeto de la cosa juzgada constitucional será la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

14. La sentencia C-194/98 declaró executable el artículo 20 de la Ley 388 de 1997, "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones", cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 20. Definición de la situación jurídica de las mercancías. Toda determinación referente a la aprehensión, carácter, valor aduanero, decomiso y disposición de las mercancías, será responsabilidad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de la entidad que haga sus veces.”.

En el presente caso, los demandantes controvierten la validez parcial de los artículos 14¹⁹ y 15²⁰ de la Ley 1762 de 2015.

15. Del simple cotejo de las tres normas se evidencia la diferencia formal entre ellas, lo que de por sí no impide concluir la existencia de la cosa juzgada material. No obstante, tampoco existe identidad material entre los contenidos materiales que fueron examinados por la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1998 y las normas actualmente demandadas. Por lo tanto, al no configurarse el primer elemento de la existencia de la cosa juzgada, esto es la identidad entre las dos normas, no existe cosa juzgada al respecto y esta Corte se pronunciará de fondo.

16. En la misma sentencia C-194 de 1998, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 388 de 1997²¹.

¹⁹ Ley 1762/15, Art. 14: “**SANCIONES POR EVASIÓN DEL IMPUESTO AL CONSUMO.** El incumplimiento de las obligaciones y deberes relativos al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995, o el incumplimiento de deberes específicos de control de mercancías sujetas al impuesto al consumo, podrá dar lugar a la imposición de una o algunas de las siguientes sanciones, según sea el caso:

a) Decomiso de la mercancía;

b) Cierre del establecimiento de comercio;

c) Suspensión o cancelación definitiva de las licencias, concesiones, autorizaciones o registros;

d) Multa”.

²⁰ Ley 1762/15, Art. 15: “**DECOMISO DE LAS MERCANCÍAS.** Sin perjuicio de las facultades y competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en los términos de los artículos 200 y 222 de la Ley 223 de 1995, podrán aprehender y decomisar mercancías sometidas al impuesto al consumo, en los casos previstos en esa norma y su reglamentación. En el evento en que se demuestre que las mercancías no son sujetas al impuesto al consumo, pero posiblemente han ingresado al territorio aduanero nacional de manera irregular, los departamentos o el Distrito Capital, según sea el caso, deberán dar traslado de lo actuado a la autoridad aduanera, para lo de su competencia”.

²¹ Ley 388/97, Art. 16: “**Favorecimiento de contrabando.** El que en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio nacional sin haber sido declarada, o sin haber sido presentada ante la autoridad aduanera, o

En el presente caso, los demandantes controvierten la validez del artículo 6 de la Ley 1762 de 2015²².

17. A pesar de existir grandes coincidencias materiales entre ambas normas, su identidad no es absoluta. Respecto del parámetro del control tomado en consideración, la sentencia C-194 de 1998 declaró constitucional la norma de 1998, sin referirse expresamente, en la parte resolutive, a las razones para esta decisión. Sin embargo, de la lectura de la parte motiva de la sentencia se concluye que los efectos de la cosa juzgada se contraen a las razones jurídicas tomadas en consideración en ese caso, es decir, que existiría cosa juzgada respecto de los cargos examinados. En el presente caso, este artículo se controvierte por el posible desconocimiento del carácter fragmentario y de *ultima ratio* de la intervención penal, del principio de legalidad, del principio de confianza legítima y por restringir de manera irrazonable y desproporcionada la libertad de empresa. Ninguno de los cargos de inconstitucionalidad fueron objeto del control de constitucionalidad de la sentencia de 1998 y, por consiguiente, no es posible predicar la existencia de una cosa juzgada material relativa ya que ahora se formula una causa jurídica diferente de la tomada en consideración en la referida sentencia C-194 de 1998. En consecuencia, la Corte se pronunciará de fondo respecto de estos cargos de inconstitucionalidad.

ingresada por lugar no habilitado, o sin los documentos de soporte, incurrirá en pena de arresto de seis (6) a veinticuatro (24) meses y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio por el término del arresto y un (1) año más.

Parágrafo transitorio. Para los efectos del presente artículo, no serán responsables penalmente los comerciantes minoristas que, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente Ley, presenten ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de su jurisdicción, relación de las mercancías respecto de las cuales no se pueda acreditar su legal introducción o permanencia en el territorio nacional, y que a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigor de la presente Ley, las legalicen de conformidad con lo establecido en los artículos 57, 58 y 82 del Decreto 1909 de 1992.

La eximente de responsabilidad establecida en este parágrafo, se aplica de manera exclusiva respecto de las mercancías legalizadas en el plazo aquí establecido”.

²² Ley 1762/15, Art.6: “**FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO.** Modifíquese el artículo 320 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

‘Artículo 320. Favorecimiento y facilitación del contrabando. El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario”.

18. Los delitos de contrabando y favorecimiento al contrabando, en la definición dada por la Ley 788 de 2002, fueron declarados exequibles pero solamente en lo relativo a los vicios de trámite alegados en la demanda, mediante la sentencia C-1114/03. También fueron declarados exequibles, por el cargo de violación al principio de unidad de materia, mediante la sentencia C-776/03.

Planteamiento del problema jurídico, método y estructura de la decisión

19. Las normas en las que se insertan las expresiones acusadas forman parte de la Ley 1762 de 2015, *Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*. Los demandantes consideran que las partes acusadas deben ser declaradas inexecutable por (i) desconocer los límites constitucionales a la potestad legislativa en materia penal y (ii) frente a las medidas de aprehensión y decomiso, por atribuirles competencia en la materia a autoridades administrativas, cuando ésta estaría reservada a la autoridad judicial. Frente a este último cargo se argumentó la identidad entre las medidas de aprehensión y decomiso, a las que se refieren las normas demandadas, y la figura de la extinción de dominio, por lo que se fundamentó la violación de la Carta en la ausencia de intervención jurisdiccional para la adopción de las medidas (artículo 34 de la Constitución), así como por la falta de la sujeción al proceso de extinción de dominio, con la consecuente omisión de las garantías al debido proceso que supone (artículo 29 de la Constitución).

20. De conformidad con el debate así planteado, corresponde a la Corte resolver dos problemas jurídicos generales, que se estructuran a través de problemas jurídicos específicos:

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

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

21. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte Constitucional se referirá a: **(A)** Los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos y los límites a la discrecionalidad o margen de configuración legislativa en materia penal; **(B)** El decomiso administrativo, la extinción de dominio y el debido proceso.

Respecto de la constitucionalidad de la tipificación de los delitos cuya constitucionalidad se controvierte, en el punto A, se realizará un estudio transversal de **los límites a la potestad legislativa, que la demanda considera que han sido sobrepasados**, en la medida en que muchos de ellos se refieren a varios de los delitos en examen.

A. SOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: LOS DELITOS DE CONTRABANDO, FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO, FRAUDE ADUANERO Y LAVADO DE ACTOS Y LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD O AL MARGEN DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL

22. En el diseño constitucional colombiano, según se deriva de los artículos 29, inciso 2, 114, 116, inciso 3, 150, numerales 2 y 17 y 201, numeral 2 de la Constitución Política, el recurso en abstracto a la potestad sancionatoria del Estado o *Ius puniendi* se encuentra reservada al Congreso de la República²³, a través de la fijación de la política punitiva, en lo legal, con la participación del Fiscal General de la Nación, según el artículo 251, numeral 4 de la Constitución. Se trata de una manifestación del principio democrático al determinar, a través de la representación popular, los comportamientos sociales que ameritan ser reprochados y la forma de realizarlo. Al tratarse de una política, ésta resulta de priorizaciones de valores e intereses sociales, según las circunstancias históricas del momento. De esta manera, la fijación de la política punitiva puede determinar, según el caso, que no se ejerza el *Ius puniendi* estatal –no tipificar el comportamiento-, o deje de ejercerse –destipificar comportamientos-, para utilizar otro tipo de instrumentos para afrontar determinada problemática, por ejemplo, instrumentos civiles, laborales, administrativos no sancionatorios, etc.

23. Por el contrario, una vez la política punitiva ha determinado que es necesaria la utilización del poder de sanción del Estado, el Congreso debe determinar si recurrirá a la sanción penal o a la sanción administrativa, así como la configuración procesal para la determinación de la correspondiente responsabilidad por la comisión del delito o de la falta o infracción²⁴. La parte final de la configuración legislativa de la política punitiva consiste en la determinación del tipo de sanción y el *quantum* que corresponde a la conducta reprochable, así como los criterios para su graduación, agravación y atenuación y, llegado el caso, las causales de exclusión de responsabilidad. En la materia, el legislador goza de un amplio margen de configuración²⁵, para

²³ “competencia exclusiva”: Corte Constitucional, sentencia C-022/15.

²⁴ Esta Corte declaró exequible la regulación de la libertad condicional y de los beneficios por trabajo a presos, en la medida en que “El Legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones”: Corte Constitucional, sentencia C-592/98.

²⁵ “amplio margen con que cuenta el legislador”: Corte Constitucional, sentencia C-022/15; “amplio espacio de configuración legislativa”: Corte Constitucional, sentencia C-121/12.

tomar la decisión que considere más adecuada (tradicionalmente llamada libertad de configuración legislativa²⁶).

24. Tratándose de una competencia propia del Congreso de la República, el control ejercido por esta Corte se encuentra limitado a la garantía de la supremacía constitucional, dentro del respeto de las competencias propias del legislativo. Es decir que, *stricto sensu* la Corte Constitucional no está avocada a controlar la política punitiva, sino la compatibilidad con la Constitución, de las leyes expedidas en desarrollo de esta política²⁷. Tratándose de un Estado constitucional de Derecho, el ejercicio de las competencias del legislador no es libre, en cuanto debe enmarcarse en el respeto de la Constitución, es decir, consultar fines constitucionales²⁸ y, a la vez, no desconocer prohibiciones²⁹, principios³⁰, valores, ni derechos constitucionales previstos tanto en el texto constitucional, como en el bloque de constitucionalidad.

25. De acuerdo con el precedente constitucional establecido en la sentencia C-365 de 2012³¹, estos límites se refieren, **primero**, al “principio de necesidad de la intervención penal relacionado con el carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio”³². **Segundo**, al principio de legalidad. **Tercero**, al principio de culpabilidad. **Cuarto**, a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal y **quinto**, al respeto de principios, valores y preceptos constitucionales, incluido el bloque de constitucionalidad³³. Por consiguiente,

²⁶ La expresión libertad de configuración del legislador pareciera indicar que el acto de ley es libre e ilimitado. Se trata de una expresión que resulta adecuada en los sistemas en los que no existe supremacía constitucional. En el Estado constitucional de Derecho, ninguno de los órganos del poder público es libre; la libertad es propia de las personas privadas. El sometimiento al ordenamiento jurídico exige que los órganos públicos tengan competencias, en cuyo ejercicio disponen de un mayor o menor margen de apreciación y de decisión, esto es, de discrecionalidad. La discrecionalidad es una característica de las competencias del órgano legislativo, del administrativo y del jurisdiccional. En este sentido se expresó el Salvamento de voto a la sentencia C-034 de 2014, pronunciado por el Magistrado Jorge Iván Palacio: “*La diferencia entre libertad de configuración y potestad de configuración legislativa estriba en que esta última tiene sus límites establecidos en la Carta Política; de no ser así, regresaríamos a la oscura época en que toda ley se suponía constitucional, porque era la expresión de la voluntad del pueblo, y el pueblo no legislaba contra sí mismo*”. La referencia a la discrecionalidad legislativa en la configuración de la ley ha sido utilizada por esta Corte, entre otras, en las sentencias C-173/06, C-1067/08, C-100/11, C-334/13.

²⁷ En este sentido, sostuvo esta Corte que “*El único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta*”: Corte Constitucional, sentencia C-420/02. En este caso, Ley 30 de 1986 que tipificó delitos relativos a estupefacientes fue declarada exequible en cuanto “*la despenalización del tráfico de estupefacientes es una decisión de política criminal cuya consideración le incumbe a cada Estado y a la comunidad internacional pero que en manera alguna se trata de un problema que se ha de resolver en sede de control constitucional*”.

²⁸ « (...) *las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución*”: Corte Constitucional, sentencia C-329/03. El estudio de los fines de la política punitiva, en la tipificación de comportamientos, se abordará en la parte relativa a la proporcionalidad de la medida penal.

²⁹ “*Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación*”: art. 34 de la Constitución. También se encuentran constitucionalmente prohibidas la pena de muerte (artículo 11) y las penas que equivalgan a desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12).

³⁰ Fundamentalmente, el principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución).

³¹ Reiterada en la sentencia C-742/12.

³² Corte Constitucional, sentencia C-387/14.

³³ A pesar de que sea posible diferenciar los componentes del principio de necesidad de las penas, de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, una concepción amplia del principio de

los límites al margen de configuración legislativa en materia penal, que serán examinados en el presente caso, de acuerdo con los cargos formulados, serán los siguientes: (a) la necesidad de los delitos y de las penas, (b) la razonabilidad y proporcionalidad en el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, respecto de la libertad económica, (c) el derecho a la igualdad ante la ley en los delitos de contrabando y favorecimiento y facilitación del contrabando, (d) la legalidad de los delitos y de las penas, (e) el principio de confianza legítima y, (f) el principio *non bis in idem*.

a. La necesidad de los delitos y de las penas, en las partes demandas de las normas relativas a los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos

26. Herencia del Estado liberal de Derecho, el principio de la necesidad de las penas es la consecuencia del postulado según el cual la regla general es la libertad y, sus limitaciones, a más de estar reservadas a la ley, deben estar suficientemente justificadas. Así, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, adoptada el 26 de agosto de 1789, por la Asamblea Nacional francesa dispuso, en su artículo 4, el principio de libertad y la forma de su limitación: *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”*. Por su parte, el artículo 5 dispuso el principio de lesividad o de afectación de bienes jurídicos y desarrolló el principio de libertad, a través de la ley: *“La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”*. Finalmente, el artículo 5 concretizó el principio de necesidad de la pena y completó los elementos del principio de legalidad: *“La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”*. El contenido de estas normas de la Declaración francesa de 1789 encuentran equivalente en la Constitución colombiana de 1991 de la siguiente manera: la libertad es un principio constitucional (artículo 28 de la Constitución) que sólo puede ser limitado por la ley (artículo 6, 114 y 150 de la Constitución). De estas exigencias para la limitación de la libertad, esta Corte ha deducido unos *“límites implícitos”* al margen de configuración

razonabilidad y proporcionalidad, incluiría los componentes del principio de necesidad en materia penal; los elementos del juicio de necesidad, coinciden en gran parte con los del juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Este aserto se demuestra por las coincidencias argumentativas para responder tanto a la necesidad de las penas, como a la razonabilidad y proporcionalidad del delito. Así, por ejemplo, la antijuridicidad material en materia sancionatoria puede fundarse legítimamente en la exigencia de afectación de bienes jurídicos, como componente del principio de necesidad, mientras que esta Corte también ha fundado la antijuridicidad material en la proporcionalidad: *“Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional”*: Corte Constitucional, sentencia C- 070/96. De la misma manera la afectación de derechos fundamentales se analiza a través de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, el que necesariamente debe tomar en consideración la finalidad perseguida por la norma, elemento necesario para determinar la necesidad de las penas.

del legislador en materia penal. Se trata de la exigencia de razones suficientes para que la ley restrinja el principio constitucional de libertad. A esto apunta el principio de necesidad de las penas.

27. El principio constitucional de la necesidad de las penas implica que el legislador, en la configuración abstracta de la política punitiva, debe recurrir únicamente a los instrumentos penales, cuando esto resulte constitucionalmente necesario, es decir, cuando se afecten bienes jurídicos relevantes; esta afectación sea grave (principios de exclusiva protección de bienes jurídicos³⁴ y de fragmentariedad de la sanción penal³⁵) y no existan o hayan resultado insuficientes otros instrumentos menos gravosos para la libertad (subsidiariedad de la sanción penal³⁶ o carácter de *ultima ratio* de la intervención penal³⁷). El principio de necesidad genera así la idea de la subsidiariedad de la respuesta penal frente a los problemas sociales que deben ser afrontados por el Estado, tanto en tiempos ordinarios, como durante los estados de excepción³⁸. De esta manera es posible afirmar que el principio de necesidad “*se concreta en asumir el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio*”³⁹ de la intervención penal y su respeto garantiza la justicia de la represión penal⁴⁰. Este principio, a pesar de estar inicialmente dirigido al legislador, también tiene como destinatario al juez penal el que, para poder imponer una sanción en un caso concreto, debe verificar la afectación material de los bienes jurídicos que, en abstracto, protege la norma⁴¹.

³⁴ “*principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de los valores esenciales de la sociedad*”: Corte Constitucional, sentencia C-334/13, considerando 5.2.3.2.

³⁵ Fragmentariedad se refiere a que la sanción penal “*solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos*”: Corte Constitucional, sentencia C-265/12, reiterado en la sentencia C-742/12.

³⁶ La subsidiariedad significa que “*se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal*”: Corte Constitucional, sentencia C-365/12, reiterado en la sentencia C-742/12.

³⁷ A pesar de que en ocasiones la Corte Constitucional utiliza la expresión “*ultima ratio del Derecho penal*”, por ejemplo, en las sentencias C-579/09 y C-334/13, este Tribunal también ha utilizado la expresión *ultima ratio* de la **intervención penal**, ligándola con el principio de necesidad (Corte Constitucional, sentencia C-387/14). Esta expresión se refiere al “*principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales*”: Corte Constitucional, sentencia C-636/09 (Negrillas no originales).

³⁸ Al examinar la constitucionalidad del decreto legislativo 1900 del 23 de agosto de 2002 que, en el contexto de la conmoción interior, realizó modificaciones a tipos penales, esta Corte sostuvo que “*El Gobierno no aportó, además, elementos de juicio que explicaran la relación causal entre el contrabando y las causas de la conmoción. Tampoco está demostrada la necesidad de tipificar esta conducta, habida consideración de la existencia de un tipo penal sobre el contrabando. Por estas razones será declarado inexecutable el artículo*”: Corte Constitucional, sentencia C-636/09.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-334/13, considerando 5.2.3.1.

⁴⁰ La “*(...) utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia*”: Corte Constitucional, sentencia C-647/01.

⁴¹ Como concretización del principio de necesidad de las penas, el Código Penal dispuso en su artículo 11. “*ANTI JURIDICIDAD. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*”.

28. Ahora bien, la demanda formulada en el caso *sub lite*, contra las normas que consagran los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y, respecto del lavado de activos, en lo relativo a la inclusión del contrabando y su favorecimiento y facilitación, como delitos subyacentes, por el cargo de desconocer el principio de libertad, la necesidad de la pena, caracteres subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* de la intervención penal, considera que existen otros instrumentos menos restrictivos de la libertad, como es el caso de las sanciones administrativas que persiguen los mismos hechos, así como los otros instrumentos administrativos de prevención y persecución de dichas conductas. Esto quiere decir que el cargo apunta a controvertir la necesidad de las penas. Para resolver este cargo, se abordarán, de manera sucesiva, los componentes de la exigencia de necesidad de las penas: (i) la exclusiva protección de bienes jurídicos, (ii) la fragmentariedad de la intervención penal y (iii) la subsidiariedad de la intervención penal o carácter *ultima ratio* de la misma.

(i) La exclusiva protección de bienes jurídicos

29. El bien jurídico protegido por los delitos de contrabando, favorecimiento al contrabando y lavado de activos es el **orden público económico y social** que consiste en una serie de condiciones de interés general necesarias para el correcto ejercicio de las libertades, en concreto, de las libertades económicas, a través de la “*organización y planificación general de la economía instituida en un país*”⁴². Se trata de descripciones típicas que imponen límites a la libertad económica en pro de la legalidad del tráfico de bienes y servicios, las condiciones de competencia leal, la protección de la empresa y del trabajo legales. Estos delitos también buscan proteger el patrimonio público que se ve mermado por estas actividades que evaden el pago de aranceles y tributos. De esta manera, se concluye que estos delitos cumplen con el componente de **exclusiva protección de bienes jurídicos**, del principio de necesidad de las penas.

(ii) La fragmentariedad de la intervención penal

30. Para la expedición de la Ley 1762 de 2015, la exposición de motivos pone de presente altos niveles de contrabando y, por esta vía, de evasión fiscal, que fueron tomados en consideración por un estudio del Consejo Superior de Comercio Exterior, fruto del cual se presentó el proyecto de ley⁴³. Igualmente, la DIAN cifró el grave impacto del contrabando sobre el orden público económico al precisar que “*el contrabando abierto presentando durante el año 2013 asciende a un monto total de US\$738 millones. Por otra parte, el*

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-083/99, ya citada.

⁴³ “*El comercio delictivo, el contrabando y la evasión fiscal son actividades altamente lucrativas que atentan, entre otros, contra la competencia leal y las reglas del libre mercado. Por esto, la lucha contra esos flagelos solo puede lograrse a través de una estrategia integral, que atienda a las diferentes causas generadoras de dichos fenómenos. Por esta razón, es vital que el Estado emprenda la implementación de las recomendaciones dadas por el Consejo Superior de Comercio Exterior del pasado 1 de abril de 2013, entre las cuales se encuentra la expedición de la ley propuesta por medio de este Proyecto de Ley*”: Exposición de motivos del proyecto de ley 94 de 2013 Senado, Gaceta del Congreso n. 744 de 2013.

*fenómeno de la subfacturación –asociado al contrabando técnico- se estima en US\$6.135 millones”⁴⁴, “lo cual representa para el país una disminución de ingresos aproximada a los \$2,7 billones (precios corrientes de 2013)”⁴⁵. Por otra parte, en un documento CONPES⁴⁶, se calcula que “En Colombia el lavado de activos alcanza aproximadamente el 3% del PIB, que en pesos 2010 representa \$16 billones anuales”. El lavado de activos es un fenómeno grave, que traspasa las fronteras del país, a través, por ejemplo, del comercio exterior, y es por esta razón que Colombia ha suscrito una serie de convenios internacionales para la lucha contra el lavado de activos⁴⁷. Con la tipificación de estos comportamientos, el legislador buscó perseguir penalmente sólo los atentados más graves al bien jurídico protegido, lo que se demuestra, en concreto, por la configuración de la tipicidad a partir de acciones que recaigan sobre mercancía que supere el valor de 50 smlmv. Así, no le asiste razón al demandante al considerar que la norma busca perseguir al consumidor final ordinario, ya que se pretende sancionar penalmente los comportamientos que revistan más importancia, determinados a partir de su monto; las actividades descritas, en un monto inferior a 50smlmv, serán comportamientos atípicos, desde el punto de vista penal. Además, la misma norma advierte que incluso el consumidor final, que adquiera mercancía en un monto superior a 50 smlmv, no será responsable penalmente por el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, si el negocio está soportado en una factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales. Como se puede ver, el legislador respetó el principio de necesidad de las penas, en lo relativo a la **fragmentariedad de las sanciones penales**.*

(iii) La subsidiariedad de la intervención penal o su carácter ultima ratio

31. Finalmente, para la adopción de las normas en cuestión, el legislador tomó en consideración la existencia de otros instrumentos menos restrictivos de las libertades, distintos de la represión penal, los cuales incluso reformó en la misma ley, pero que, según la exposición de motivos, se han mostrado insuficientes frente a las mafias organizadas de contrabando y lavado de activos y sostuvo, por lo tanto, que “*la intervención de ultima ratio en materia penal no puede ser ajena a este fenómeno que adquiere mayor trascendencia*”. En efecto, un recuento de la política punitiva en materia de contrabando pondrá en evidencia que el legislador ha recurrido en lugar de o de manera paralela, a instrumentos de naturaleza distinta a la penal. En efecto, el Decreto-Ley 1750 de 1991 despenalizó el contrabando y, en su lugar, estableció un sistema de sanciones administrativas. No obstante, la Ley 383 de 1997 penalizó de nuevo los actos de contrabando y, en su momento, la exposición

⁴⁴ Intervención del Ministerio de Hacienda, con datos extraídos del “*informe de la estimación de la distorsión en el valor de las importaciones colombianas, año 2013*”, elaborado por la DIAN.

⁴⁵ DIAN, “*informe de la estimación de la distorsión en el valor de las importaciones colombianas, año 2013*”.

⁴⁶ Documento CONPES 3793. Política nacional anti lavado de activos y contra la financiación del terrorismo.

⁴⁷ Esta Corte realizó un recuento de los instrumentos internacionales en la lucha contra el lavado de activos, en la sentencia C-851/05. Un análisis de la constitucionalidad de un convenio internacional en la materia, puede consultarse en la sentencia C-931/07, que declaró exequible el ‘Convenio sobre blanqueo, detección y confiscación de los productos de un delito’, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, así como la Ley 1017 de 2006, por la cual se aprueba el Convenio.

de motivos de esta ley daba cuenta de los problemas fiscales que para las arcas del Estado estaba generando tanto la evasión como el contrabando⁴⁸. De manera paralela, el legislador mantuvo el sistema administrativo de prevención y lucha contra estos comportamientos y al momento de expedir el Estatuto Aduanero, el Decreto 2685 de 1999, de desarrollo de las leyes marco en materia aduanera, precisó el sistema de sanciones administrativas en el Capítulo II, relativo a las “*infracciones administrativas aduaneras de los declarantes en los regímenes aduaneros*”, a partir del artículo 482 del Estatuto, capítulo modificado posteriormente⁴⁹.

Por su parte, respecto del lavado de activos, se trata de un comportamiento que fue tipificado como delito en artículo 9 de la Ley 365 de 1997 que introdujo “*normas tendientes a combatir la delincuencia organizada*”. El Código Penal de 2000, Ley 599, mantuvo la tipificación del delito en su artículo 323. Este artículo fue modificado por la Ley 733 de 2002, la Ley 747 de 2002, la Ley 890 de 2004, la Ley 1121 de 2006, la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción) y por la Ley 1453 de 2011. De esta manera, la Ley 1762 constituye la última etapa de esta evolución de la política punitiva en la materia. En esta oportunidad, el Congreso de la República agregó nuevos delitos subyacentes o fuente al lavado de activos, que las autoridades administrativas encargadas de la identificación y persecución del lavado de activos habían identificado como fuente de los recursos objeto de lavado de activos, pero no permitían su sanción como delito ya que no estaban previstos como tal en el Código Penal⁵⁰: contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados. Esta evolución da cuenta del recurso constante al instrumento penal. No obstante, desde el 2006 (Ley 1121 de 2006) se implementaron una serie de medidas útiles, pero no suficientes, para combatir el lavado de activos, a través de instrumentos de orden administrativo y financiero⁵¹.

⁴⁸ Para declarar inexecutable el artículo 61 de la Ley 383 de 1997, que introducía descuentos de la prima de vacaciones en favor de Prosocial, por violación al principio de unidad de materia, esta Corte precisó la finalidad de la ley 383 de 1997: “9. En la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 383 de 1997, el Ministro de Hacienda expuso que la finalidad fundamental del proyecto era la de luchar contra el contrabando y la evasión tributaria, con el objeto de combatir la crisis económica por la que atravesaba el país en 1996. Esta crisis comprendía, entre otras situaciones, un deterioro significativo de las finanzas del gobierno nacional en relación con lo programado en el plan financiero aprobado por el Confis a principios del año; un grave deterioro en el sector público consolidado, y un acentuamiento del déficit fiscal”.

⁴⁹ Por ejemplo, por el Decreto 1232 de 2001.

⁵⁰ Tal como lo evidencia tanto la exposición de motivos, como la intervención de la DIAN en la que se lee que la tipificación buscaba “*adecuar la norma a una realidad diagnosticada tanto por la Autoridad Aduanera, como por la UIAF y la Fiscalía General de la Nación*”.

⁵¹ “(...) resulta claro que el Estado debe tomar las medidas necesarias para combatir el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito, lo cual ha realizado no sólo a partir de la penalización de las conductas (a posteriori) sino por medio de medidas administrativas de carácter preventivas. Ahora bien, es indudable que el sector financiero puede ser utilizado para la práctica de hechos delictivos, como es el lavado de activos, por lo que la legislación actual se ha preocupado por crear instrumentos jurídicos suficientes para que la Superintendencia Bancaria, principal órgano de control de esa actividad, desarrolle esa tarea.”: Corte Constitucional, sentencia SU-157/99. En este caso, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto de los derechos fundamentales de las personas cuyas cuentas bancarias habían sido clausuradas, en razón de su inclusión en la “lista Clinton”, Orden Ejecutiva 12978 del 22 de octubre de 1995, titulada “Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers”.

Como se puede ver, el recurso a la represión penal ha respetado el **principio de subsidiariedad** ya que no ha sido utilizada como *prima*, sino como *ultima ratio*, luego de constatar la utilidad, pero insuficiencia de los otros instrumentos para luchar eficazmente contra el contrabando, su favorecimiento y el lavado de activos. Además, en lo que respecta al contrabando y su favorecimiento, la subsidiariedad de la represión penal se demuestra por el hecho de que sólo se sanciona la realización de dichos comportamientos, cuando el valor aduanero de la mercancía supere los 50 smlmv.

32. Por estas consideraciones, las partes demandadas de las normas que tipifican los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, no vulneran el principio de necesidad de las penas y serán declaradas constitucionales. La demanda agregó que el instrumento penal se utilizó como *prima ratio* al desconocer la teleología del sistema penal acusatorio que consistiría en el carácter excepcional de la privación de la libertad. No obstante, se trata de un argumento impertinente, referido al posible desconocimiento de una norma legal relativa a la medida de privación de la libertad. Por esta razón, este argumento no fue tomado en consideración por este Tribunal Constitucional.

b. La razonabilidad y proporcionalidad del delito de favorecimiento y facilitación al contrabando, respecto de la libertad económica

33. La demanda plantea que en la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, el legislador restringió de manera “*poco razonable y desproporcionada de la libertad de empresa económica (...) sin que emerjan con meridiana claridad los criterios constitucionales para la limitación de la iniciativa privada y de la libertad de empresa, esto es, la exigencia derivada del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación*”. Para responder este cargo, la Corte Constitucional realizará un test de proporcionalidad leve, teniendo en cuenta no sólo la amplitud de la potestad legislativa en materia penal, sino además porque se trata de una norma relativa a aspectos económicos, materia en la cual esta Corte ha reconocido la existencia de una amplia potestad legislativa⁵² que se funda, en la facultad constitucionalmente reconocida al Estado, para la dirección de la economía (artículo 334 de la Constitución). En otras palabras, la amplitud de la potestad legislativa en la materia implica, para esta Corte, la realización de un control limitado de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

Los elementos del juicio de proporcionalidad se componen, en su intensidad débil, de la identificación de una finalidad constitucional de la norma y la idoneidad del instrumento escogido por el Congreso de la República para la consecución de ese fin.

⁵² Corte Constitucional, sentencias C-265/94, C-445/95, C-392/07, C-1041/07 y C-432/10.

(i) *Finalidad*

34. La exposición de motivos del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 1762 de 2015 , pone de presente que con estas medidas legislativas se pretendía la “(...) *protección de la industria nacional de la competencia desleal derivada de las Conductas Perseguidas, (iv) atacar las conductas que por medio del comercio delictivo y la competencia desleal contribuyen a la financiación del lavado de activos, del terrorismo y del crimen organizado, y (iv) bloquear las fuentes de financiación de los grupos armados o delincuenciales cuyo accionar pone en jaque la seguridad del Estado y de los ciudadanos*”. En efecto, explica que la industria nacional resulta gravemente afectada por las ventajas ilegales que produce el contrabando, para quienes ofrecen en el mercado productos importados que ingresan al país sin el pago de aranceles y tributos, lo que les permite fijar precios más bajos que los propuestos por la industria nacional. Este tipo de competencia desleal, por ilegal, afecta, a la vez, la generación y conservación de las fuentes de empleo legal en el país. Agrega la exposición de motivos, que la lucha contra las distintas etapas del contrabando busca la protección de las finanzas públicas, a través de la mejora del recaudo que genera la disminución de estos delitos.

35. De la lectura de la exposición de motivos se evidencia que la norma cuya constitucionalidad se encuentra controvertida pretende la tutela del orden público económico y social, de interés especial de protección constitucional, dentro del marco de intervención del Estado en la economía, previsto en el artículo 334 de la Constitución, esto es, con el fin de “*racionalizar la economía (...) en un marco de sostenibilidad fiscal*” (...) “*para dar pleno empleo a los recursos humanos (...) También para promover la productividad y competitividad*”. Estas finalidades perseguidas por el legislador en este caso apuntan todas a la realización de postulados del Estado Social de Derecho, el que se funda, entre otros, en el trabajo y la prevalencia del interés general (artículo 1 de la Constitución). Además, las finalidades enunciadas concuerdan con los fines esenciales del Estado, previstos en el artículo 2 de la norma superior, particularmente, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como es el caso del trabajo, derecho y deber constitucional (artículo 25 de la Constitución) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Así, al tratarse de comportamientos lesivos del interés general presente en las finanzas públicas, la protección de la industria nacional, la libre, sana, legal y leal competencia y la convivencia pacífica, las finalidades perseguidas por el legislador son legítimas y esenciales desde el punto de vista constitucional. Esto quiere decir que la finalidad buscada por el legislador al tipificar el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, no consiste en “*evitar que se introduzca y comercialice al interior del país, mercancías ingresadas ilegalmente o que han evadido el control aduanero*”, como de manera equivocada lo sostienen los demandantes, sino perseguir y sancionar comportamientos cuya realización afecta intereses legítimos, como la producción nacional y la sana competencia.

(ii) Idoneidad

36. En segundo lugar, es necesario determinar si los instrumentos utilizados por el legislador son adecuados para la consecución de los fines constitucionales identificados en este fallo. Dentro de la discrecionalidad propia del legislador en la determinación de la política punitiva del Estado, el legislador recurrió, entre otras medidas, a la modificación de la definición típica del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, a través de la reforma de verbos rectores y otros elementos descriptivos del hecho punible, así como la modificación de las penas aplicables. También, en cuanto al delito de favorecimiento del contrabando, se amplió su definición para incluir la facilitación del contrabando, a través de nuevos verbos como el embarque y el desembarque y, aunque mantuvo un trato diferenciado frente a la pena principal del contrabando, respecto de su favorecimiento y la facilitación, equiparó la pena accesoria de multa en ambos delitos.

37. La adecuación de las descripciones típicas de los delitos busca, a partir de la legalidad que impide al operador jurídico de la norma perseguir y sancionar por comportamientos no previamente tipificados, ofrecer a la Fiscalía y a los jueces penales instrumentos suficientes para la persecución y sanción de los comportamientos que el Congreso considera gravemente lesivos de intereses jurídicos superiores. También, el aumento de las penas es un instrumento adecuado para que la sanción penal cumpla con sus finalidades de retribución justa y prevención general negativa y prevención especial negativa, previstas en el artículo 4 del Código Penal. En este sentido, la exposición de motivos de la ley, así como estudios referidos de la DIAN, ponen de presente la necesidad de ampliar y modernizar los instrumentos penales para una sanción más eficaz de estos comportamientos que responda a la evolución de las dinámicas delictivas en materia del comercio exterior. Por otra parte, debe tomarse en consideración que la persecución y sanción eficaz del contrabando y su favorecimiento, generan disminución en la evasión de aranceles y tributos y, por lo tanto, mejoran el estado de las finanzas públicas, al tiempo que protegen la industria nacional, frente a la competencia desleal que les formula el comercio de contrabando.

38. La idoneidad de esta herramienta para combatir estos males que afectan fines de interés general, se evidencia entonces en cuanto que, si bien no se trata del único instrumento del que dispone el Estado para alcanzar estas finalidades, sí es parte importante en el engranaje de mecanismos en la lucha contra la ilegalidad en el comercio exterior y, por consiguiente, en la consecución de los otros fines de protección de la industria nacional, el empleo, las finanzas públicas y la lucha contra las otras formas de delito.

39. Es cierto que la configuración del sistema penal significa la determinación de límites a la libertad, como en este caso, a la libertad económica, pero debe recordarse que no existen derechos ni libertades absolutos. Los límites

establecidos por el legislador a la libertad, no pueden ir hasta el punto de anularla⁵³, lo que sería evidentemente desproporcionado. La libertad de empresa permite la determinación de límites razonables y proporcionados que consulten el interés general previsto en su función social⁵⁴ y, de esta manera, esta libertad no puede legítimamente proteger la realización de actividades dolosas que atentan contra valores esenciales de la sociedad, identificados por el legislador, a través del manejo de la política punitiva. Por la misma razón, esta Corte declaró la constitucionalidad de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, respecto de los cargos de afectación a la propiedad privada⁵⁵, la que al recaer sobre mercancías objeto de contrabando o fruto de los otros delitos subyacentes al lavado de activos, no merece la protección constitucional, según el artículo 58 de la Constitución el que, solamente tutela la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y, de manera más general, con justo título, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Bajo esta misma línea argumentativa, esta Corte también declaró que no resulta desproporcionada la limitación al derecho al trabajo pues “(...) aunque la Constitución le reconozca a toda persona el derecho al trabajo y la libertad a ejercer profesión u oficio, ello implica no sólo asumir una serie de responsabilidades inherentes al ejercicio lícito de su derecho, sino el cumplimiento de deberes correlativos para con la sociedad”⁵⁶.

40. Por estas razones, esta Corte concluye que las limitaciones a la libertad de empresa, propias de la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, no son inconstitucionales, porque pretenden fines constitucionales y recurren a medios idóneos para alcanzarlos. No se trata de una limitación que anule la libertad económica, sino que la encausa hacia el interés general y la legalidad. Esta descripción típica no persigue el comercio legal, sino aquel que afecte el orden público económico; por el contrario, lo favorece. Por consiguiente, se trata de una medida proporcionada y, en lo que respecta a este cargo, los apartes normativos demandados serán declarados exequibles.

⁵³ “2.4. Si bien para la jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho”: Corte Constitucional, sentencia C-355/94.

⁵⁴ “La empresa traiciona su función social, si apela ilegítimamente a su propio poder de disuasión para generar discriminaciones, no por difusas, indirectas o latentes menos efectivas”: Corte Constitucional, sentencia T-579/95.

⁵⁵ “(...) no puede dársele la categoría de derecho adquirido a aquel obtenido por medios ilícitos contrariando la normatividad constitucional y legal. Además, los bienes adquiridos mediante la actividad del contrabando, es decir, por medios ilegales, en grave perjuicio del tesoro público o de la moral social, no entran ni están clasificados dentro de lo estipulado por el artículo 58 de la Carta Política, por tratarse de bienes producto de una actividad ilícita, ya que se encuentran por fuera del marco legal: Corte Constitucional, sentencia C-194/98.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-194/98, que por este motivo, respecto del cargo de violación del derecho al trabajo, declaró constitucional el delito de favorecimiento al contrabando, en la versión tipificada por el artículo 16 de la Ley 383 de 1997.

c. El derecho a la igualdad ante la ley en los delitos de contrabando y favorecimiento y facilitación del contrabando

41. Un juicio adicional de razonabilidad amerita el cargo relativo a la posible violación al principio de igualdad que, según la demanda, configuró la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, al establecer el mismo *quantum* de pena de multa que previó para el delito de contrabando. En efecto, las descripciones típicas de las normas en cuestión establecieron, para ambos delitos, penas de multa del 200% al 300% del valor aduanero de la mercancía, mientras que la anterior descripción típica preveía una multa menor para el favorecimiento del contrabando, respecto del contrabando mismo. Así, en la legislación anterior la multa para el delito de favorecimiento de contrabando⁵⁷ oscilaba entre 200 y 50.000 smlmv, sin que en ningún caso fuera inferior al 200% del valor CIF de los bienes importados, mientras que preveía una multa de 1500 a 50.000 smlmv, para el delito de contrabando⁵⁸.

Esto quiere decir que el problema planteado consiste en determinar si el legislador excedió los límites de su discrecionalidad legislativa, en materia penal, al tratar de manera idéntica, hechos que, posiblemente, debían ser tratados de manera diferente. El juicio de razonabilidad y proporcionalidad es posible en la medida en que no solamente puede afectar la igualdad ante la ley el trato diferente, a personas en situación igual, sino también, de manera congruente, el trato igual, a personas distintas: el contrabandista y quien favorece o facilita el delito. En otras palabras, no se trata de la “*exigencia de razonabilidad de la diferenciación*”, en los términos de la sentencia T-422/92, sino de *exigencia de razonabilidad en el trato igual*.

42. En efecto, esta Corte ha precisado las manifestaciones del principio constitucional de igualdad, que se deriva del artículo 13 de la Constitución. Sostuvo así que “*Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos (...) cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.*”⁵⁹.

43. Para determinar si el legislador incurrió en una vulneración del principio de igualdad, es necesario realizar un juicio de igualdad o de razonabilidad de

⁵⁷ Cfr. Ley 788/2022, Art. 71.

⁵⁸ Cfr. Ley 788/2022, Art. 69.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-250/12. Las negrillas no son originales de la sentencia de 2012.

trato, a través del recurso al test integrado de igualdad⁶⁰, compuesto, en primer lugar, por la identificación del parámetro de comparación, que busca determinar el criterio al que se recurrió para el trato distinto o, como en este caso, para el trato igual. En segundo lugar, es necesario establecer la existencia de un trato diferenciado, frente a las mismas hipótesis o, como en este caso, la presencia de un trato igual, para situaciones distintas. Una vez han sido establecidos estos dos primeros elementos, la Corte deberá examinar, en tercer lugar, la justificación constitucional del trato - distinto o igual -, según el caso, es decir, la razonabilidad del trato, a través del examen de las finalidades perseguidas⁶¹ y la idoneidad o adecuación de los medios para alcanzar esos fines⁶². Se trata de etapas progresivas y prerequisites las unas, de las otras, por lo que, si en alguna de las etapas la Corte Constitucional concluye, por ejemplo, la inexistencia de un trato distinto, frente a iguales o, como en este caso, de un trato completamente igual, frente a desiguales, no será necesario continuar el juicio y se concluirá la ausencia de vulneración del principio de igualdad.

(i) El criterio de igualdad

44. El criterio de comparación o patrón de igualdad que se identifica en este caso es el siguiente: se trata de la **manera o forma de participar** en el circuito o cadena del contrabando, lo que se pone en evidencia por la presencia de verbos rectores distintos o, en otras palabras, la contribución a la puesta en el mercado de mercancías que no han sido objeto del control aduanero y pago de aranceles y tributos correspondientes. Así, respecto del **contrabando**, se trata de alguien que *introduce* o *extrae* mercancías por lugares no habilitados o que *oculta*, *disimula* o *sustraer* mercancías de la intervención y control aduanero o las *ingresa* a zona primaria, mientras que, respecto del **favorecimiento y facilitación del contrabando**, se trata de alguien que *posee*, *tiene*, *transporta*, *embarca*, *desembarca*, *almacena*, *oculta*, *distribuye* o *enajena* mercancías que han sido objeto de contrabando, en los términos de ese delito. De la descripción típica de los comportamientos se evidencia que se trata de sujetos que realizan actividades diferentes: aquel que introduce o exporta mercancías de contrabando y aquellos que, con su actuación, facilitan o favorecen el contrabando, aunque se encuentran relacionados, en momentos distintos, con la cadena de contrabando.

Es decir, que se trata de sujetos que se encuentran en situación en parte similar y en parte diversa; **tienen en común** su participación dolosa, (lo que deberá

⁶⁰ La reciente sentencia C-601/15 reiteró y precisó el contenido del test integrado de igualdad en los siguientes términos: “4.6.1. El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución”.

⁶¹ “(...) resultan legítimas las diferenciaciones útiles y necesarias para lograr una finalidad constitucionalmente importante”: Corte Constitucional, sentencia C-584/97.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-022/96.

demostrarse en cada caso para poder imputar responsabilidad penal), en el *iter* o sistema del contrabando que tiene como finalidad y efecto, (con la participación de varias personas, en momentos distintos y con actividades diferentes), introducir al tráfico jurídico propio del comercio, mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera. En esa cadena del contrabando, cada participante es un eslabón necesario. **Tienen de distinto** la forma y el grado de contribución para el logro de los objetivos del contrabando; en otras palabras, a pesar de tratarse, todas, de contribuciones necesarias para el resultado, unas son mucho más determinantes, que las otras. Se trata de un criterio que recurre a una categoría no sospechosa de atentado al principio de igualdad (la forma y grado de participación en una actividad delictiva)⁶³, por lo que, establecido el trato posiblemente contrario a este principio, se deberá realizar un juicio débil de igualdad⁶⁴. Este criterio de igualdad no es sospechoso en cuanto, a más de no recurrir a factores de comparación prohibidos, como la raza o el sexo, su finalidad es constitucional⁶⁵: pretende la adecuación de las penas, respecto de la actuación desplegada por el delincuente.

(ii) *El trato diferenciado*

45. A pesar de tratarse de sujetos que se encuentran en una situación en parte igual y en parte distinta, el ordenamiento jurídico, en lo penal, no les otorga un trato completamente igual. En efecto, las penas de **prisión** para los delitos de contrabando y de favorecimiento y facilitación del mismo, son distintas: de 9 a 12 años de prisión, para el contrabando y de 6 a 10 años, para el favorecimiento y facilitación. El trato igual se refiere a la pena de **multa** que, para ambos delitos, va del 200% al 300% del valor de las mercancías. Con este panorama se evidencia que tratándose de sujetos parcialmente distintos, el tratamiento es en parte igual.

46. El mandato que se deriva del principio de igualdad, aplicable a este caso, de acuerdo con los enunciados por la referida sentencia C-250 de 2012, no es el de *trato enteramente diferenciado*, a destinatarios que no comparten ningún elemento en común, ya que, como quedó evidenciado, tanto los sujetos que realizan los verbos rectores del delito de contrabando, como aquellos que incurrir en el de favorecimiento y facilitación, tienen en común su participación en la cadena del mismo fenómeno delictivo. Se trata entonces del mandato de *trato diferenciado* a destinatarios que se encuentran en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más

⁶³ La sentencia T-352/97 consideró el factor religioso como un criterio constitucionalmente sospechoso, mientras que la sentencia C-673/01 sostuvo que la edad no es, en principio, un criterio constitucionalmente sospechoso. De esta manera, esta Corte ha establecido el riesgo de afectación del principio de igualdad, como criterio de graduación de la intensidad del control de proporcionalidad.

⁶⁴ El juicio débil de igualdad es la regla general en el control de la constitucionalidad de las leyes, como lo explica la sentencia C-601/15. Sin embargo, el recurso a criterios que incluyan categorías sospechosas de vulneración del principio de igualdad determinaría el aumento de la intensidad en el control de constitucionalidad.

⁶⁵ La razonabilidad del criterio se explica en la finalidad constitucional que éste persiga: Corte Constitucional, sentencia C-530/93.

relevantes, que las similitudes. En otras palabras, habrá que determinarse si son más relevantes las diferencias, que las similitudes, caso en el cual, el trato diferenciado estaría justificado y no habría vulneración al principio de igualdad. Por el contrario, si son más relevantes los factores en común, el trato igualitario, se impondría constitucionalmente.

47. En este caso, no es posible hacer un examen aislado de la pena de multa, como lo pretenden los demandantes, sin tomar en consideración, a la vez, la pena de prisión, ya que un análisis separado sería fragmentario respecto del trato que el legislador prohija a los sujetos de estos delitos. En otras palabras, el trato posiblemente contrario al principio de igualdad se refiere a la pena, esto es, al conjunto inescindible, para este caso, de la prisión y la multa, consecuencias que deben acompañar conjuntamente la decisión respecto de los delitos en consideración, independientemente de si la multa sea considerada como componente de la pena principal o como pena accesoria⁶⁶. En efecto, si bien se trata de destinatarios que se encuentran en una situación en parte similar y en parte diversa, el legislador impuso un trato parcialmente distinto en la pena: la pena principal es diferenciada, pero la pena de multa, establece los mismos mínimos y máximos. Esto significa que frente a situaciones diversas (en la que se encuentran el contrabandista y los favorecedores y facilitadores del contrabando), el legislador establece un trato que no es absolutamente, sino parcialmente igual o parcialmente distinto. Debe agregarse que lo que sí hubiera sido reprochable hubiera sido un trato completamente igual para los delitos de contrabando y favorecimiento y facilitación del mismo, ya que lo que diferencia al contrabandista, de aquellos que favorecen o facilitan este delito es más determinante, que lo que los une.

En efecto, si bien es cierto que el rasgo común es la participación en la actividad que busca la circulación de mercancías de contrabando en el tráfico jurídico, lo verdaderamente importante es el rol que asume, por un parte el contrabandista, genio y director de la consumación del delito y, por otra parte, aquellos que con sus pequeños o medianos tramos de actividad, contribuyen o favorecen la actividad del contrabandista ya que, entre otras cosas, generan demanda del contrabando y realizan lo necesario para ofrecerlo al consumidor final. Esta constatación de un trato distinto, para personas que se encuentran en situaciones parcialmente iguales, pero en las que las diferencias son más importantes que los rasgos en común, sería suficiente para declarar la constitucionalidad de la norma por no contrariar ninguno de los mandatos derivados del principio de igualdad. No obstante, por razones de suficiencia argumentativa, se procederá al estudio de la razonabilidad del trato.

⁶⁶ “(...) del texto del artículo 39 del Código Penal se desprenden dos tipos de multa con alcances diferentes: la multa como acompañante de la pena de prisión y la multa como pena principal”: Corte Constitucional, sentencia C-185/11, que declaró inexecutable el condicionamiento del beneficio de libertad con seguimiento electrónico a la condición del pago de la multa. En la sentencia T-146/95 afirmó: “(...) la pena de multa se encuentra descrita en la norma como pena principal: luego, resulta evidente que no es accesoria. Con relación a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, el artículo 42, la señala como accesoria **pero sólo en aquellos casos en los que no se establezca como pena principal**. Así, cuando un tipo penal la contempla expresamente, debe entenderse que es esencial a la norma y por ello principal; por tanto desconocer ese carácter implicaría de suyo ignorar el modo de ser que el legislador quiso darle a la ley”.

(iii) Razonabilidad del trato parcialmente distinto

48. El legislador adoptó un trato diferenciado en cuanto a la pena de los dos delitos (prisión y multa) que no desbordó su margen de discrecionalidad en la formulación de la política punitiva, a partir de la configuración de la ley penal. Para establecer este trato, el legislador recurrió a una categoría no constitucionalmente sospechosa (la forma y grado de participación en la cadena del contrabando), por lo que el margen de configuración de las leyes era el más amplio y, por consiguiente, la intensidad del control de constitucionalidad es más leve. La justificación de un juicio débil es aún mayor en la medida en la que a más de tratarse de un asunto de política abstracta punitiva, de exclusiva responsabilidad del Congreso de la República, por asignación de la Constitución (artículos 29, inciso 2, 114, 116, inciso 3, 150, numerales 2 y 17 y 201, numeral 2 de la Constitución Política), se trata de medidas penales en lo económico, para la protección del orden público económico y social. De esta manera, en el estudio de la **finalidad perseguida**, basta con resaltar que la evolución de la política punitiva determinó una equiparación parcial de la pena, fundada en la consideración que todos los eslabones de la cadena del contrabando, respecto del sistema anterior, estaban siendo indebidamente sancionados⁶⁷, lo que conducía a una política punitiva ineficaz en la lucha contra esta forma de criminalidad.

Es decir que el trato parcialmente igual buscaba fines constitucionalmente válidos, presentes en la lucha integral y eficaz contra los distintos actores del contrabando; delito este que, como quedó planteado en esta sentencia, lesiona el orden público económico y social, al afectar la industria nacional, la competencia legal y las finanzas públicas que se ven mermadas por la evasión del pago de aranceles y tributos. Es decir, que se trata de una medida razonable. Para conseguir este fin, el legislador recurrió a la modificación de las penas establecidas para los delitos de contrabando y favorecimiento y facilitación del mismo, a través de un trato parcialmente igual entre el contrabandista y los que favorecen o facilitan esta actividad, con penas diferenciadas, pero rangos de multa idénticos. Se trata de un **instrumento idóneo** para alcanzar el fin propuesto de combatir de manera eficaz todas las etapas del delito ya que, al perseguir de manera contundente los facilitadores o los que favorecen el comercio del contrabando, se desestimulará, en la misma medida, el contrabando mismo ya que el uno, depende del otro.

⁶⁷ En efecto, se lee en la exposición de motivos: “*El favorecimiento es una de las maneras como se encubre el delito. Se trata de un encubrimiento que implica la facilitación para que no sea detectado. Para el caso específico del contrabando, se requiere necesariamente de al menos tres sujetos que intervienen en la cadena, que puede ser mucho más amplia: empresario importador o exportador, transportador y comercializador. A ellos hay que sumar a las personas que ayudan al embarque o desembarque de mercancía ilegal, así como aquellos que se dedican a construir caletas o utilizar bodegas para esconder la mercancía. Visto desde una perspectiva amplia, todos ellos son responsables de este tipo de delitos, pero a pesar de que algunos de ellos están cobijados por normas de prohibición o de control, no están siendo debidamente sancionados*”: Exposición de motivos del proyecto de ley 94 de 2013 Senado, Gaceta del Congreso n. 744 de 2013.

49. Por consiguiente, a más de no establecer un trato completamente igual para sujetos en situación parcialmente diferente, respecto de quienes las diferencias eran más importantes que los elementos en común, el legislador perseguía una finalidad válida, desde el punto de vista constitucional y recurrió a un medio idóneo para lograr este fin. En estos términos, este cargo de inconstitucionalidad no prospera.

d. La legalidad de los delitos y de las penas

50. La demanda considera que las descripciones típicas de los delitos de contrabando (art. 4 de Ley 1762 de 2015, modificatorio del 319 de la Ley 599 de 2000), fraude aduanero (art. 8 de Ley 1762 de 2015, modificatorio del artículo 321 de la Ley 599 de 2000), y lavado de activos (art. 11 de Ley 1762 de 2015, modificatorio del artículo 323 de la Ley 599 de 2000), desconocen el principio de legalidad, por las siguientes consideraciones:

Desconocimiento de la legalidad de los delitos: consideran los demandantes que los verbos rectores utilizados por el legislador para describir los delitos de contrabando y lavado de activos son vagos e imprecisos. Además arguyen que las expresiones “*por cualquier medio*”, prevista en la descripción del fraude aduanero, y “*realice cualquier otro acto*”, prevista en la tipificación del lavado de activos, no satisfacen el mandato de legalidad, porque dejarían abierta a la interpretación del juez, la definición de lo que puede ser considerado como delito.

Desconocimiento de la legalidad de los delitos y de las penas: consideran los demandantes que la remisión al “*valor aduanero*” que realiza la descripción del delito de contrabando vulnera el principio de legalidad, al no establecer los criterios o parámetros para la determinación del valor aduanero de las mercancías. Esta indeterminación tendría como consecuencia, dejar a la discrecionalidad de la autoridad aduanera y del juez, la determinación, por una parte, de si el comportamiento constituye delito, en cuanto exige un mínimo de mercancías cuyo valor aduanero sea superior a 50 smlmv, lo que vulneraría la **legalidad del delito** y, por otra parte, el valor aduanero es el parámetro para determinar el monto de la multa (del 200% al 300% del valor aduanero de las mercancías), por lo que esa indeterminación vulneraría la **legalidad de la pena**.

51. Para resolver estos cargos, la Corte Constitucional realizará (i) unas consideraciones previas relativas al principio de legalidad en materia penal, para luego resolver los cargos planteados en esta materia (ii), de acuerdo con la diferenciación planteada: la posible vulneración del principio de tipicidad de los delitos, por un lado y, la posible vulneración tanto del principio de tipicidad de los delitos, como de legalidad de las penas, por otro lado.

(i) El principio de legalidad de los delitos, los procedimientos y las penas

52. Colombia es un Estado Social de Derecho (artículo 1 de la Constitución), no un Estado legal de Derecho. En un Estado meramente legal de Derecho, no existe un sistema jurídico sometido a la supremacía constitucional sino vinculado a la soberanía del legislador en la expedición de la ley, que somete el ejercicio del poder público⁶⁸. Esto quiere decir que el control del respeto de la supremacía constitucional es una pieza fundamental en la existencia y correcto funcionamiento del Estado de Derecho o, como en nuestro caso, del Estado Social de Derecho.

53. La Constitución Política colombiana establece un orden protector de las libertades de las personas, entre otros, del libre desarrollo de la personalidad, (artículo 16), de la libertad de conciencia (artículo 18), de cultos (artículo 19), de expresión (artículo 20), de escoger profesión y oficio (artículo 26), enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (artículo 27), libertad personal (artículo 28) y libertad económica y de empresa (artículo 333), entre otras. Este sistema no se basta con la enunciación de las libertades constitucionales; consagra, además, una serie de garantías para protegerlas: tanto los límites y cargas para su limitación, como a la previsión de instrumentos para vigilar el cumplimiento de los límites y cargas para la limitación de las libertades (el control de constitucionalidad de las leyes, el control de juridicidad de los actos administrativos, el *habeas corpus*, el *habeas data*, etc.).

Respecto de los límites y cargas estos son tanto formales, como la reserva de ley (artículos 6, 114 y 150), como materiales (exigencia de razonabilidad y proporcionalidad y respeto de los principios, valores y derechos constitucionales). Dentro de los límites materiales, reviste una importancia particular el respeto del derecho fundamental al debido proceso. Se trata de un conjunto de garantías fundamentales que apuntan a la exclusión de la arbitrariedad del poder público, a través de la autoridad judicial o de la autoridad administrativa. Como lo recordó la sentencia C-331/12, “(...) *estas garantías (...) constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares*” y, en esa medida, son determinantes de la forma democrática del Estado colombiano en el que, los particulares no pueden estar sometidos al capricho o la arbitrariedad del poder público⁶⁹.

54. Dentro del derecho fundamental al debido proceso, en materia sancionatoria, penal o administrativa, ocupa un lugar preponderante el principio de legalidad de los delitos, las faltas o las infracciones, los procedimientos para determinar la responsabilidad y las penas o sanciones que se pueden imponer. Se trata del principal instrumento de salvaguarda de las libertades que refleja en la regla que sólo podrá imputarse responsabilidad, por los hechos descritos en la ley y que, por lo tanto, quien actúa dentro de ese

⁶⁸ Este fue el caso del Estado francés, en vigencia de la tercera República (1870-1940).

⁶⁹ “*En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso*”: Corte Constitucional, sentencia T-391/97.

marco, tiene la tranquilidad de no poder ser responsabilizado. En estos términos, el principio de legalidad busca garantizar la seguridad jurídica y excluir la arbitrariedad⁷⁰. Este principio tiene dos grandes componentes: por una parte, la legalidad de los delitos, las faltas o las infracciones y de las penas o las sanciones y, por otra parte, la legalidad de los procedimientos, es decir, “*las formas propias de cada juicio*” e, incluso, la legalidad del juez o autoridad competente para decidir⁷¹, en los términos del artículo 29 de la Constitución. Su contenido es complejo.

55. La legalidad de los delitos, las faltas o infracciones y de las penas o sanciones se compone de tres exigencias: reserva de ley (ley formal), previa (irretroactividad desfavorable) y cierta, del que se deriva la exigencia de tipicidad, es decir, la descripción del comportamiento punible de manera clara, precisa y cierta que implique que la decisión de sancionar un comportamiento y la sanción a imponer, no dependan de la voluntad del operador jurídico, juez o autoridad administrativa, sino del legislador, expresada de manera previa⁷² y abstracta, sin consideración del caso concreto o del investigado. La tipicidad exige la descripción inequívoca del comportamiento, en el mismo texto o por remisión, que ahora se convierte en molde comportamental o tipo, a través de la determinación de los sujetos del comportamiento, de los verbos que describen la conducta u omisión reprochable y, en algunos casos, la inclusión de otros elementos descriptivos del comportamiento reprochable, tales como elementos normativos, que se interpretarán por su definición en otras normas, elementos descriptivos, de tiempo, modo y lugar y elementos subjetivos, de finalidad perseguida.

56. Por último, debe aclararse que la tipicidad no excluye por completo la discrecionalidad del juez o de la autoridad administrativa, sino que la restringe hasta llegar a un grado admisible, aquel que garantice la reserva de ley y evite la arbitrariedad. Pretender la inexistencia de la discrecionalidad en el operador jurídico es un contrasentido porque, incluso, existe un cierto grado de discrecionalidad en la interpretación de los términos utilizados por el legislador y en la interpretación de los hechos, para considerar que estos

⁷⁰ “¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador”: Corte Constitucional, sentencia C-140/95. Este considerando fue retomado en la sentencia C-798/03.

⁷¹ En pronunciamiento de 2011, la Corte ató al principio de legalidad, otros dos componentes: el juez natural y las formas propias de cada juicio: “(...) **nemo iudex sine lege**: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función. **Nemo damnetur nisi per legale iudicium**, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal”: Corte Constitucional, sentencia C-444/11.

⁷² Por esta relación lógica entre la ley cierta y el carácter previo, es que esta Corte dedujo el carácter previo, de la exigencia de tipicidad: “(...) el principio de tipicidad se compone de dos aspectos, (i) que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción; y (ii) la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse”: Corte Constitucional, sentencia C-030/12, que, entre otras decisiones, declaró exequibles las expresiones “*diligencia, eficiencia e imparcialidad*”, “*cualquier acto u omisión*”, “*servicio esencial*”, “*abuso indebido*” contenidas en el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, pero declaró inexecutable la expresión “*el buen nombre y prestigio de*”, prevista en el numeral 45 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

corresponden al tipo. Se advierte, sin embargo, que en el ejercicio de esos mínimos de discrecionalidad, el operador jurídico debe acudir a la razonabilidad⁷³, que excluye la arbitrariedad. Este rasero de un grado admisible de discrecionalidad del operador jurídico se inspira de los precedentes establecidos en las sentencias C-133/99⁷⁴, C-818/05 y C-350/09, que controlaron la presencia de un grado aceptable de indeterminación en la descripción típica en materia disciplinaria⁷⁵. Ahora bien, ese grado aceptable de discrecionalidad no es aplicable solamente en materia administrativa sancionatoria, sino también penal, pero en este caso, la discrecionalidad debe ser mucho más restringida.

(ii) *Las cuestiones relativas a la legalidad*

La posible vulneración del principio de tipicidad de los delitos

57. Los cargos de desconocimiento de la tipicidad se refieren a dos aspectos: la posible indeterminación de los verbos rectores y la posible indeterminación respecto de algunos ingredientes normativos.

En cuanto a verbos rectores

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

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

Respecto del delito del delito de lavado de activos, el legislador lo describe como el hecho de **adquirir**, **resguardar**, **invertir**, **transportar**, **transformar**, **almacenar**, **conservar**, **custodiar** o **administrar** bienes que tengan su origen en

⁷³ Así, frente a conceptos jurídicos indeterminados, como el concepto de “buena conducta”, esta Corte ha precisado que “(...) *no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado*”: Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2002.

⁷⁴ “La ley debe describir con **precisión razonable** los elementos generales del delito, es decir, los distintos tipos penales con su consecuente sanción”: Corte Constitucional, sentencia C-133/99.

⁷⁵ La sentencia C-818/05 consideró que “(...) *si bien en materia disciplinaria no se puede exigir el mismo grado de tipificación de una conducta como en el derecho penal, tampoco se puede llegar al extremo de invocar la infracción de un principio como único elemento descriptor de un comportamiento constitutivo de falta disciplinaria, (...) Además dada la textura abierta de su contenido normativo, es claro que se le otorgaría una amplia discrecionalidad al investigador para fijar los límites de su realización, lo cual conduciría al desconocimiento de los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley, en los términos reconocidos por la jurisprudencia de esta Corporación*”. Por su parte, la sentencia C-350/09 consideró que “(...) *el legislador debe abstenerse de emplear palabras y conceptos que por su grado de indeterminación pueden comprometer el ejercicio o el goce de derechos constitucionales*.”.

los delitos subyacentes enlistados o *dar* a dichos bienes *apariencia de legalidad* o *legalizar*, *ocultar* o *encubrir* su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o *realizar cualquier otro acto* para ocultar o encubrir su origen ilícito.

59. Los verbos utilizados por estos delitos no son ingredientes normativos del tipo, en cuanto no existe una norma constitucional, legal o administrativa que precise el sentido de dichas expresiones⁷⁶. Se trata de formas verbales cuya interpretación debe ser la usual a partir de la búsqueda de su semántica. Esto cumple la función de límite a la libertad, en cuanto se trata de expresiones corrientes, accesibles a la comprensión de todas las personas y no solamente del juez, lo que permite que las personas tengan conciencia de los límites penales a su actuación. Este método de interpretación lógica, pero restrictiva, es el que garantiza la exclusión de la arbitrariedad, lo que ocurriría con interpretaciones extensivas, teleológicas o analógicas, contrarias al principio de legalidad. En tratándose de restricciones a la libertad, una interpretación restrictiva de sus límites es la única constitucionalmente válida. Ahora bien, luego de un análisis semántico de las expresiones verbales utilizadas, esta Corte concluye que no son oscuras, pero no es función de este Tribunal entrar a definir las una a una, porque correría el riesgo de desbordar su competencia o bien respecto de la configuración de la ley o bien, respecto de la función del juez quien, en cada caso concreto, deberá interpretarlas de manera razonable, motivada en los precedentes horizontales y verticales, luego de haber sometido la interpretación al debate propio del debido proceso, que conduce a la adecuación definitiva de los hechos a las normas. En esta medida, los verbos rectores utilizados por el legislador, radican en el operador jurídico, fiscal y juez penal, un grado admisible de discrecionalidad, que no de arbitrariedad y, por lo tanto, satisfacen las exigencias constitucionales de tipicidad.

60. Un examen especial debe hacerse respecto de la expresión “o *realizar cualquier otro acto*” para ocultar o encubrir su origen ilícito, introducida en la descripción típica del lavado de activos. La expresión permite dos interpretaciones lógicas. La primera consiste en entender que la expresión o “*realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”, sería la esencia en la definición del lavado de activos y, los verbos adquirir, resguardar, invertir, transportar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes de origen ilícito o darle a los bienes provenientes de las conductas delictivas subyacentes o fuente de los bienes, una apariencia de legalidad, legalizarlos, ocultarlos o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, serían solamente formas de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

⁷⁶ Este sí es el caso, por ejemplo, de la expresión “zona primaria” aduanera, que no fue demandada en esta ocasión. La determinación del sentido de esta expresión, ingrediente normativo del tipo penal, se logra gracias a una remisión compleja al artículo 3 del decreto 390 de 2016 y a actos administrativos. En efecto, el decreto 390 dispone que “ZONA PRIMARIA ADUANERA. Es aquel lugar del territorio aduanero nacional, habilitado por la Dirección de Impuestos y Nacionales, para la realización operaciones materiales de recepción, almacenamiento, movilización y embarque de mercancías que entran o del país, donde la administración su potestad de control y vigilancia”.

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

61. Esta interpretación estaría soportada por la definición del lavado de activos adoptada por la Corte Suprema de Justicia: “1. *El delito de lavado de activos, blanqueo de capitales o reciclaje de dinero como también se le denomina, consiste en la operación realizada por el sujeto agente para **ocultar dineros de origen legal en moneda nacional o extranjera y su posterior vinculación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos***”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de diciembre de 2013, proceso n. 39220 (Negrillas no originales). Se trata de una definición lógica en la medida en que los verbos adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar serían formas para ocultar el origen ilícito de los bienes.

62. Ahora bien, esta interpretación conduciría a sostener el carácter enunciativo y no taxativo de las conductas constitutivas del lavado de activos, lo que significaría que los verbos utilizados por el legislador son precisiones de las formas de lavar activos, pero el comportamiento reprochable es realizar actos tendientes a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. A partir de esta interpretación habría que declararse la inconstitucionalidad de la expresión o “*realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”, por desconocer el mandato de tipicidad del comportamiento, ya que significaría un margen inaceptable de discrecionalidad en el operador jurídico el que, a más de los modos verbales descritos por el legislador, podría imputar responsabilidad por cualquier otra acción que considere que busca ocultar el origen de los bienes. De esta forma, sería el operador jurídico el que decidiría respecto de la tipicidad de un comportamiento, no el legislador, lo que sería inaceptable.

63. Una segunda interpretación de la norma es posible. El delito de lavado de activos sería un tipo penal de uso alternativo. La lectura es la siguiente: El lavado de activos es un delito que se comete de dos formas, una **primera forma**, al *adquirir, resguardar, invertir, transportar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes* de origen ilícito y una **segunda forma** del lavado de activos que consiste en *darle a los bienes provenientes de esas conductas delictivas una apariencia de legalidad, legalizarlos, **ocultarlos o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino...*** Si esta interpretación es correcta, el inciso final es redundante, al afirmar o “*realice cualquier otro acto para **ocultar o encubrir su origen ilícito***”, lo que ya se encuentra determinado en el cuerpo del delito. Esta segunda interpretación permitiría conservar la norma, porque la norma inútil no es en sí misma inconstitucional, en el entendido que el operador jurídico del delito, fiscal o juez, no podrá imputar responsabilidad por la realización de verbos distintos a los expresamente contemplados por la ley.

64. Ahora bien, teniendo en cuenta que ambas interpretaciones son posibles, la una que permitirían al fiscal y al juez penal, imputar responsabilidad penal por formas verbales no previstas taxativamente en la norma o, la otra que

significaría que la expresión demandada se trata de una reiteración inútil, le corresponde al juez constitucional, como garante de los derechos fundamentales, cerrar la posibilidad para la arbitrariedad y el abuso judiciales, en una materia tan sensible como la penal, que constituye límite y a la vez riesgo para las libertades, precisar la interpretación constitucionalmente adecuada. En este sentido, para evitar interpretaciones indebidas, se declarará la inconstitucionalidad de la expresión “*realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”, prevista en el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015. De esta forma se evita imputar responsabilidad por comportamientos no descritos expresamente en la lista taxativa de los verbos rectores del delito de lavado de activos.

En cuanto a los ingredientes descriptivos

65. En este punto, es necesario determinar si la expresión “*por cualquier medio*”, prevista en la descripción del fraude aduanero, establece un grado admisible de discrecionalidad en favor de los operadores jurídicos de estos delitos⁷⁷.

66. Se trata de un elemento descriptivo de la conducta punible relativo a las circunstancias de modo en las que se pueden realizar los verbos rectores de **suministrar** información falsa, **manipularla** u **ocultarla** cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal. Esto quiere decir que el examen de la tipicidad de la norma debe integrar al juicio los verbos rectores que pueden realizarse por cualquier medio.

67. Considerando que los verbos definen con suficiente precisión la conducta punible y, por lo tanto, respetan el principio de legalidad, el ingrediente descriptivo en mención no tiene la capacidad de dejar a la discrecionalidad absoluta del operador jurídico la determinación de si el comportamiento merece o no reproche. Por el contrario, se trata de un elemento que especifica aún más la descripción del comportamiento, al determinar que es indiferente el medio utilizado para suministrar la información falsa, manipularla u ocultarla.

68. Los **medios** que cabrían dentro de la descripción típica del delito podrían ser, por ejemplo, sólo a título ilustrativo, la declaración falsa o incompleta, mediante declaración de importación por partidas arancelarias diferentes a las reales o la declaración falsa de acumulación de origen, la subfacturación o

⁷⁷ Ley 1762/15, Art. 8: “**FRAUDE ADUANERO.** Modifíquese el artículo 321 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 321. **Fraude Aduanero.** El que **por cualquier medio** suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

sobrefacturación, medios virtuales, documentos escritos o incluso afirmaciones verbales durante la diligencia administrativa. Esto quiere decir que lo que explica el hecho punible no son los medios empleados, lo que es indiferente, sino el hecho reprochable de suministrar información falsa, manipularla u ocultarla. Por estas razones, la expresión “por cualquier medio”, contenida en el artículo 8 de la Ley 1762 de 2015, será declarada exequible.

La posible vulneración de tipicidad de los delitos y legalidad de las penas

69. En este punto, el cargo consiste en la posible vulneración del principio de legalidad por la inclusión del ingrediente normativo “*valor aduanero*” de las mercancías, con base en el cual se determina tanto la existencia del delito, que exige que las mercancías objeto de contrabando sean en un monto superior a 50 smlmv, calculados en valor aduanero y, a la vez, el valor aduanero es el patrón para calcular el monto de la multa del 200% al 300% del valor aduanero de las mercancías objeto del delito. La aplicación del valor en aduanas o valor aduanero para establecer el monto mínimo constitutivo de delito se refiere entonces a la tipicidad del delito, mientras que su utilización como patrón de la multa, se refiere a la legalidad de las penas.

70. El valor aduanero de la mercancía es un ingrediente normativo de la descripción penal, cuyo contenido se define a partir de la remisión a la Decisión 571 de la Comunidad Andina de Naciones, del período 87 de las sesiones ordinarias, adoptada en Lima, los 11 y 12 de diciembre de 2003, cuyo artículo 2 dispuso: “*Valor en Aduana. El valor en aduana de las mercancías importadas será determinado de conformidad con los métodos establecidos en los artículos 1 a 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y sus respectivas Notas Interpretativas, teniendo en cuenta los lineamientos generales del mismo Acuerdo, de la presente Decisión y su reglamento*”⁷⁸. La normativa comunitaria es aplicable por las autoridades nacionales ya que, a pesar de no hacer parte del bloque de constitucionalidad, sí deriva su fuerza normativa de un tratado internacional ratificado por Colombia⁷⁹, por lo que se integra al ordenamiento jurídico colombiano⁸⁰. No obstante, el Estatuto Aduanero, Decreto 390 de 2016, en su artículo 565 prevé los métodos para realizar el avalúo que determina el valor aduanero de las mercancías, así como el procedimiento para establecerlo: la elaboración de un avalúo provisional, que luego de la realización de una diligencia de avalúo, con la participación del particular, lo que dará lugar a la adopción de un avalúo definitivo de la mercancía. Este avalúo definitivo es un acto administrativo objeto de recursos y controvertible ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De esta

⁷⁸ Cfr. Ley 170/1994.

⁷⁹ “ (...) la Decisión número 40 de la CAN no hace parte del Bloque de Constitucionalidad, lo que la excluye como parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, por cuanto no versa sobre derechos humanos y así, aun cuando algunas disposiciones resulten contradictorias con lo previsto en los tratados que rigen la Comunidad Andina de Naciones, tal incompatibilidad no afecta la constitucionalidad del instrumento internacional y de la ley que lo aprueba”: Corte Constitucional, sentencia C-221/13.

⁸⁰ “ (...) entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración, como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros”: Consejo de Estado, Sección 3, Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, rad. 2076408, exp. 11001-03-26-000-2015-00018-00, (53054).

manera, este conjunto normativo permite, tanto para efectos administrativos, como penales, el establecimiento razonable y controvertible a través de criterios objetivos, la determinación del valor en aduanas o “valor aduanero” de las mercancías. Por consiguiente, en este aspecto, la norma será declarada exequible.

e. El principio de confianza legítima y el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando

71. Los demandantes consideran que las formas de transmisión de la propiedad de los bienes muebles hacen que surja la convicción en el poseedor o propietario que, al estar dentro del territorio colombiano, las mercancías entraron legalmente al país y fueron objeto del control aduanero. Considera entonces que la tipificación del delito de **favorecimiento y facilitación del contrabando**, en los términos del artículo 6 de la Ley 1762 de 2015, desconoce el principio constitucional de confianza legítima.

72. El principio de confianza legítima es una de las proyecciones del principio de buena fe, predicado tanto del comportamiento de los particulares, como de la actividad de las autoridades públicas y del principio constitucional de seguridad jurídica. La Corte Constitucional lo reconoció como principio constitucional, para efectos de conciliar el interés general presente en la protección del espacio público y el derecho al trabajo y a la igualdad de los comerciantes informales⁸¹ o para conciliar el interés general y el derecho al trabajo de bicitaxistas⁸² y que en la sentencia T-225 de 1992, fundó en “*los deberes de prudencia y buen gobierno que deben alentar estas decisiones administrativas*”⁸³. Se trata de una “*medida de protección de los administrados*”⁸⁴. Sin embargo, no solamente la administración puede desconocer la confianza legítima; también el legislador puede afectar la confianza legítima fundada en la buena fe cuando, por ejemplo, expide una ley retroactiva⁸⁵, al privar a los particulares del beneficio de una exención tributaria, cuando aún se encuentra en curso el término para acceder a él⁸⁶, cuando prohíbe de manera absoluta e indiscriminada la prestación del servicio público de transporte en vehículos de tracción animal, a pesar de haber creado en quienes se dedican a esta actividad, la expectativa legítima de su posible

⁸¹ La sentencia T-617/95 definió “(...) **la Confianza legítima** como medida de protección a los administrados se origina cuando de un acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad”.

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-422/13.

⁸³ Esta aplicación de la confianza legítima, frente a la actuación de las autoridades administrativas fue desarrollada en las sentencias T-225/92, T-372/93, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995 T-617 de 1995 T-160 de 1996 y T-438 de 1996, T-398 de 1997 T-550 de 1998 y T-778 de 1998, SU- 360/99, T-376/12, y T-625/14, entre otras.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-398/97.

⁸⁵ “Una aplicación retroactiva de una ley rompe entonces no sólo la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas, con lo cual se vulnera su dignidad”: Corte Constitucional, sentencia C-478/98.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-007/02.

continuación⁸⁷ o cuando desconoce la prohibición de regresividad en materia de derechos laborales⁸⁸. Se trata solamente de algunas de las manifestaciones del principio de confianza legítima.

73. El carácter legítimo de la confianza no se refiere necesariamente a la conformidad de la actividad que generó confianza respecto de las leyes. Es posible que el desconocimiento de obligaciones legales, por parte de las autoridades públicas, genere confianza legítima en los particulares, a partir de la buena fe que se puede predicar de ellos. Empero, el carácter legítimo sí exige que la confianza resulte de hechos concretos, objetivos e inequívocos por parte de la autoridad pública que generen en los particulares la creencia lógica de encontrarse en una situación que se proyectará en el tiempo y que no será desconocida por una actividad intempestiva, brusca, abrupta, que rompa la creencia legítimamente creada. Es decir, que la confianza legítima no es una mera creencia subjetiva, sino soportada en hechos inequívocos de parte de las autoridades públicas. En el caso de la actividad del comercio de mercancías producto del contrabando no es posible predicar una cierta confianza legítima creada, ya que las autoridades públicas colombianas, de manera coherente, sistemática y permanente despliegan actividades tanto de control, como de persecución, tendientes a combatir la actividad del contrabando, a pesar de los problemas de funcionamiento de esta actividad pública de prevención y persecución⁸⁹. En esta medida, no es lógico que quienes comercien con mercancías cuyo valor aduanero supere los 50 smmv (mínimo exigido para la configuración del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando) concluyan, de manera legítima, que por el hecho de encontrarse en el país, la importación de las mercancías en cuestión ha cumplido las obligaciones relativas a su nacionalización aduanera. Quien adquiere ese monto de mercancías no puede alegar confianza legítima al no cumplir con un deber legal de solicitar “*factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario*”, en los términos del mismo artículo 6 de la Ley 1762 de 2015, objeto de este control de constitucionalidad. El delito castiga solamente una actividad dolosa que, por lo tanto, no puede configurar confianza legítima ya que, como lo precisó esta Corte, “*sólo se protegen aquellas circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles*”⁹⁰. Por el contrario, si no se logra demostrar el dolo del investigado por favorecimiento y facilitación del contrabando, con el respeto del debido proceso, no será posible imputarle

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-981/10 que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 12 del literal A del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010. En su parte considerativa, la Corte afirmó que “*las autoridades competentes deberán obrar, en todo caso, de manera que se respete la confianza legítima de quienes, con la anuencia de las autoridades, han venido desarrollando las actividades que, hacia el futuro, serían objeto de proscripción o restricción*”.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-493/15.

⁸⁹ Es cierto que, como lo precisó la sentencia T-053/08 “*el principio de confianza legítima se configura no solo por actos expresos de la administración, sino también por actos omisivos de permisión y tolerancia*”. Sin embargo, se trata de irregularidades que no son suficientemente generalizadas y reiteradas para que pueda, posiblemente, configurar confianza legítima.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-437/12.

responsabilidad⁹¹. Por consiguiente, frente a este cargo, la norma será declarada inexecutable.

f. El principio *Non bis in idem* y los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y de lavado de activos

74. Uno de los componentes del derecho fundamental al debido proceso, contenido en su parte esencial en el artículo 29 de la Constitución, es la prohibición del enjuiciamiento múltiple, por los mismos hechos o prohibición del *bis in idem*. Se trata de una regla que se deriva de la exigencia constitucional de necesidad de la pena⁹², que quedó explicada en la presente decisión (ver *supra* §24.-30.), en cuanto limita el poder punitivo del Estado y, de esta manera, garantiza un mínimo de proporcionalidad de las penas, frente a los hechos punibles. El principio de *non bis in idem* o *ne bis in idem* tiene una doble proyección identificada en la sentencia C-434 de 2013: aquella temporal que predica la imposibilidad de volver sobre el asunto, una vez ha sido enjuiciado y que, por lo tanto, se identifica parcialmente con la cosa juzgada⁹³ y, plenamente con el valor de seguridad jurídica que ésta lleva inmersa⁹⁴. Esta primera proyección es la que se encuentra en el numeral 4, del artículo 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁵, la que admite excepciones⁹⁶, por ejemplo, para proteger derechos de las víctimas de crímenes

⁹¹ Frente a la acusación de desconocimiento del principio de buena fe, esta Corte precisó que “(...) estima la Corte que no se desconoce la presunción constitucional de la buena fe de los comerciantes minoristas, por cuanto se trata de conductas que no son susceptibles de encausarse a título de culpa o preterintención; es necesario que el sujeto activo consciente de la actividad ilícita, quiera su realización. Los comportamientos sancionados en los preceptos atacados son inequívocos y los comerciantes conocen los límites dentro de los cuales su actuación es permitida. Y la ley no está presumiendo la mala fe de estos, pues existen los medios y se dan las circunstancias para aplicar las sanciones previstas en las disposiciones sub-examine, previo las garantías propias del debido proceso y del derecho de defensa”: Corte Constitucional, sentencia C-194/98.

⁹² “(...) dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-554/01.

⁹³ La sentencia C-870/02 precisa el alcance de la expresión “*juzgado dos veces*”, en el sentido de que no se limita exclusivamente al caso en el que ya hubo sentencia absolutoria o condenatoria, sino además, “*El principio non bis in idem prohíbe que después de que ha terminado conforme a derecho un juicio, posteriormente se abra investigación por el mismo “hecho” dentro de la misma jurisdicción. De tal manera que la expresión “juzgado” comprende las diferentes etapas del proceso de juzgamiento, no sólo la final.*”.

⁹⁴ “*El principio non bis in idem, previsto en el inciso 4º del artículo 20 constitucional encuentra fundamento en la justicia material y la seguridad jurídica, de acuerdo con los cuales una vez tomada una decisión sancionatoria definitiva no puede retomarse ese hecho para una nueva valoración y decisión*”: Corte Constitucional, sentencia C-914/13.

⁹⁵ “*4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a este respecto al considerar que no se vulnera el *non bis in idem* cuando un juez dicta una sentencia inhibitoria, por considerar que no es competente y envía el asunto al competente quien sí decide de fondo: Caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Tampoco vulnera la prohibición de *bis in idem* la condena que se impone, en un mismo proceso, luego de anular una primera decisión, al decidir un recurso extraordinario contra la misma: caso *Mohamed vs. Argentina*, Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Párrafo 123. Se vulnera la prohibición, cuando ya ha sido juzgado, la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada y luego se le abre un nuevo proceso por los mismos hechos: Caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, Sentencia de 7 de febrero de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia de cosas juzgadas aparentes o fraudulentas, lo que explica que la prohibición de *bis in idem* “(...) no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de

de lesa humanidad⁹⁷. La segunda proyección del *non bis idem* es material y se refiere a la prohibición de imponer varias sanciones, por el mismo hecho. Es en este sentido que la prohibición de *bis in idem* se refiere a varios enjuiciamientos (primer componente) y varias sanciones (segundo componente).

75. Ahora bien, la garantía del *non bis in idem*, en su componente material, no debe ser interpretada en su literalidad, es decir, como la absoluta prohibición de la imposición de más de una sanción, por un solo hecho ya que, como lo ha admitido esta Corte, es válido, desde el punto de vista constitucional, la imposición de varias sanciones, cuando éstas persiguen finalidades diferentes o tienen un objeto y causa distintas, como lo resaltó la sentencia C-632 de 2011 la que precisó, “6.4. Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales recogidos en las sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, la Corte ha dejado establecido que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del *non bis in idem*, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.”.

76. Es cierto que esta Corte ha reconocido la posibilidad de realizar varios enjuiciamientos de un mismo hecho, cuando tengan “*distintos fundamentos normativos y diversas finalidades*”⁹⁸. Para que esto sea constitucionalmente válido, es necesario que las respectivas tipificaciones se encaminen a atender la vulneración de diferentes bienes jurídicos o el mismo, pero que resulta vulnerado de manera distinta. Así, cuando el legislador protege bienes jurídicos diversos mediante la consagración de delitos que puedan realizarse por los mismos hechos no contraría, *per se*, el *non bis in idem*⁹⁹.

someter al responsable a la acción de la justicia”: Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 154.

⁹⁷ “ (...) esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”: Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 154.

⁹⁸ Como en un caso concreto lo recordó la sentencia C-088/02, respecto de la posibilidad de acumular medidas administrativas por el abandono del cargo y sancionar disciplinariamente el incumplimiento de los deberes.

⁹⁹ Sin embargo, la idea de distintos fundamentos normativos no indica que el legislador pueda, sin razón adicional, prever varias previsiones típicas, frente a los mismos hechos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los **mismos hechos**. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de 31 protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al **mismo “delito”**), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.”: C.I.D.H. Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), párrafo 66, (Negrillas no originales).

Esta hipótesis está prevista por la legislación penal bajo el concepto de concurso¹⁰⁰ el que, de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal se regula de la siguiente manera:

Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la Ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. (Negrillas fuera del texto original)

En este caso de un solo hecho con el que se cometen varios delitos, se trata de una forma de concurso que ha sido denominado ideal o formal¹⁰¹. Ahora bien, para que esta acumulación penal sea constitucional, cada una de las descripciones típicas debe ser individualizable en cuanto a su objeto, es decir, tener elementos propios que la diferencien¹⁰², a pesar de que sea posible que mediante una sola acción u omisión, se cometan, a la vez, más de un delito en la forma de concurso.

77. En el presente caso, la demanda considera que se ha vulnerado el derecho fundamental al *non bis in idem* al “configurar el contrabando y su favorecimiento como delitos que a su vez generan otro delito como es el lavado de activos”, lo que incurre en la prohibición de “doblemente sancionar”. En otros términos considera que prever como delitos subyacentes del lavado de activos, los delitos de contrabando y favorecimiento y facilitación del contrabando, desconoce la prohibición de *bis in idem*.

78. En efecto, de una lectura analítica de los verbos rectores que definen estos dos delitos, se concluye con facilidad no sólo la coincidencia exacta de ciertos verbos, como es el caso de transportar y almacenar, que se incluye en la definición de ambos delitos, sino la presencia de verbos que pueden resultar sinónimos, los unos, de los otros. En el siguiente cuadro se pondrá en evidencia los verbos rectores que, en los dos delitos, pueden ser interpretados como descripciones del mismo hecho:

POSIBLES COINCIDENCIAS VERBALES EN AMBOS DELITOS

¹⁰⁰ La Corte Constitucional ha definido el delito como la situación jurídica que ocurre cuando existe “unidad de sujeto activo; la unidad o pluralidad de acciones u omisiones; la realización de varios tipos penales, o varias veces la misma infracción; y la unidad de proceso”: Corte Constitucional, sentencia C- 1086 de 2008.

¹⁰¹ “El concurso ideal o formal, por su parte, se diferencia del anterior por la unidad de acción, en tanto el agente realiza una única acción que configura varios delitos, los cuales resultan aplicables de manera conjunta”: Corte Constitucional, sentencia C-464/14.

¹⁰² “El principio de *non bis in idem* prohíbe que se imponga a una persona más de una sanción de la misma naturaleza por la comisión de un mismo hecho. Dicho principio constituye una garantía esencial del derecho penal contemporáneo e íntegra, sin duda, el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, está proscrito al legislador sancionar, a través de distintos tipos y en una misma rama del derecho, una misma e idéntica conducta”: Corte Constitucional, sentencia T-260/99. (Negrillas no originales).

CONTRABANDO	FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO	LAVADO DE ACTIVOS
	Posea Tenga	Adquiera (en cuanto el propietario puede ser poseedor) Resguarde Conserve
	Transporte	Transporte
	Embarque	
	Desembarque	
	Almacene	Almacene
Oculte Disimule Sustraiga	Oculte	Resguarde Transforme Custodie
	Distribuya	Administre
	Enajene	Invierta (es una forma de enajenación)

79. Como se puede observar, los verbos rectores a más de algunos ser idénticos, otros son sinónimos o podrían dar lugar a una interpretación similar, por lo que podría pensarse *prima facie*, en la vulneración del principio de *non bis in idem*. Sin embargo, debe advertirse que más allá de las coincidencias verbales, se trata de descripciones típicas que conservan su especificidad. Así, la realización de los verbos que describen el contrabando solamente adquiere connotación penal cuando se realicen en el contexto de la actividad de importación o exportación de mercancías. Este elemento lo especifica tanto respecto del favorecimiento y facilitación del contrabando, que se refiere a mercancías que ya “*hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria (...)*”, como del lavado de activos, el que describe, a través de estos verbos, la actividad realizada respecto de “*bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de (...) contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando (...)*”. En otras palabras, no se viola el *non bis in idem* por tratarse de actividades realizadas en contextos diferentes.

80. Ahora bien, la diferenciación del comportamiento desplegado en el favorecimiento y facilitación del contrabando, respecto del lavado de activos, es más complejo. En efecto, los dos delitos se refieren a actividades desplegadas con posterioridad a la comisión del delito fuente contrabando y ambos se refieren a actividades desplegadas respecto de bienes fruto de un delito. No obstante, existe un criterio que determina la especificidad de cada uno de esos comportamientos y, en este sentido, la no vulneración del *non bis in idem*. El criterio se refiere a los bienes sobre los que recae cada delito. Para el caso del favorecimiento y facilitación del contrabando, se trata de poseer,

transportar, embarcar, desembarcar, almacenar, ocultar, distribuir, enajenar **mercancías** objeto del **contrabando**, mientras que respecto del lavado de activos, se trata de adquirir, reguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar, **bienes que tienen su origen mediato o inmediato en actividades de**, entre otros delitos, **contrabando y favorecimiento y facilitación del contrabando**.

Se trata entonces, en el primer caso, de los frutos directos del contrabando, mientras que, de los frutos directos o indirectos del contrabando o su favorecimiento y facilitación, en el segundo. Sin embargo, en el caso en el que las dos actividades recaigan sobre los mismos bienes, es decir, las mercancías que resultan del contrabando (frutos directos), frente a las que, por ejemplo, se realicen actividades descritas como favorecimiento y facilitación y, a la vez, como lavado de activos, por ejemplo, poseer dichos bienes y resguardarlos, le corresponderá al operador jurídico de la norma, fiscal y juez penal, en cada caso concreto, realizar una adecuación típica que garantice el *non bis in idem* en la aplicación de las reglas relativas al concurso de delitos, guiado por el criterio de especialidad o el de consunción¹⁰³, para imputar responsabilidad. Por estas razones, se declarará la exequibilidad de la norma.

B. SOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: EL DECOMISO ADMINISTRATIVO Y EL DEBIDO PROCESO

81. La demanda plantea que las medidas de decomiso, previstas en la norma demandada, desconocen el debido proceso por violación de la reserva judicial en materia de extinción de dominio y por no permitir al propietario del vehículo decomisado, el ejercicio de sus derechos a la defensa y a la contradicción. La Corte Constitucional analizará, en primer lugar, el cargo relativo al decomiso y la extinción de dominio y, en segundo lugar, el cargo relativo al decomiso y los derechos de defensa y contradicción.

a. El decomiso administrativo y la extinción de dominio

82. La demanda plantea que las medidas administrativas de aprehensión y decomiso, reguladas en los artículos 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015 son inconstitucionales, al considerar que se trata de medidas de extinción de dominio las que, al ser impuestas por una autoridad administrativa, desconocerían la reserva judicial que, en materia de extinción de dominio, dispone el artículo 34 de la Constitución. Así, el artículo 14 de la ley *sub lite* prevé las sanciones por evasión del impuesto al consumo y dispone que el incumplimiento de los deberes relativos al impuesto al consumo o relativos al control de mercancías sometidas al impuesto al consumo, dará lugar a la aplicación de varias sanciones, entre la que se encuentra el decomiso de la

¹⁰³ “ (...) en caso de existir conflicto entre ambos, la dogmática penal resuelve el asunto bajo la teoría del concurso de conductas punibles y los principios interpretativos de especialidad, subsunción, alternatividad y consunción, los cuales podrán aplicarse por los operadores judiciales en todo momento.”: Corte Constitucional, sentencia C-464/14.

mercancía. Por su parte el artículo 15 de la ley en cuestión dispone que esta competencia será ejercida, sin perjuicio de las competencias de la DIAN, por los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá. Finalmente, el artículo 51 de esta ley extiende la medida de decomiso, al medio de transporte donde se hayan encontrado las mercancías objeto de aprehensión por las causales previstas en el Estatuto Aduanero, siempre que la cuantía de las mercancías sea la mínima exigida para configurar el delito de contrabando o cuando el medio de transporte ha sido adecuado para ocultar las mercancías.

83. Las normas controvertidas tienen en común que atribuyen competencia en autoridades administrativas, (la DIAN, los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá) para adoptar medidas de decomiso frente a mercancías. Distan en la causa del decomiso ya que, mientras los artículos 14 y 15 de la ley prevén el decomiso por desconocimiento de obligaciones relativas al impuesto al consumo, el artículo 51 prevé el decomiso del medio de transporte, por haber encontrado en él, mercancía constitutiva del delito de contrabando o cuando éste ha sido adaptado para ocultar mercancías. Así, la competencia atribuida a estas autoridades administrativas plantea el problema jurídico de su posible contradicción con el artículo 34 de la Constitución que exige la intervención de una autoridad judicial para declarar la extinción de dominio.

84. No obstante, la Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, ha resaltado las diferencias de causa y de naturaleza que existen entre el decomiso administrativo y la extinción de dominio, por lo que se concluirá, en este punto, que no existe vulneración del artículo 34 de la Constitución.

En efecto, la sentencia C-194/98 declaró la exequibilidad del artículo 20 de la Ley 388 de 1997, que atribuye competencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para adoptar la medida de decomiso, al considerar que la decisión adoptada por esta autoridad administrativa no es de reserva judicial ya que: *“El decomiso aduanero constituye una herramienta de aplicación inmediata, de carácter efectivo en la lucha contra la evasión y el contrabando (...) se trata de una determinación administrativa (...) que adopta la autoridad correspondiente como consecuencia de las situaciones fácticas establecidas en las normas (...) que no son propias de la extinción de dominio (...) no configura el desconocimiento del principio constitucional de la independencia judicial, toda vez que el proceso administrativo aduanero es diferente del jurisdiccional”*.

Por su parte, la sentencia C-374 de 1997 reiteró y precisó que: *“mientras el decomiso es una medida inmediata, adoptada por la autoridad que la Ley indique sin necesidad del agotamiento de todo un proceso, precisamente por cuanto está concebida para servir a los fines del mismo, la extinción del dominio requiere, por expreso mandado constitucional, de sentencia judicial, previo el agotamiento del proceso, con todas las garantías previstas en el artículo 29 de la Carta”*.

Por último, la sentencia C-459 de 2011, luego de reiterar los precedentes, fue aún más contundente: *“no se puede confundir o asimilar la acción de extinción de dominio que consagra el artículo 34 constitucional, con la figura del decomiso administrativo, porque si bien es cierto que las dos se asemejan porque implican una limitación o pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado sin contraprestación alguna, su naturaleza jurídica es diversa, iii) La intervención de autoridades judiciales se debe exigir solamente para los casos de extinción del dominio (...) pero sin que sea estrictamente necesaria cuando la limitación del derecho a la propiedad tenga otro origen, por ejemplo, la comisión de una infracción administrativa”*. De esta manera, la referida sentencia precisó que el elemento diferenciador del decomiso, respecto de la extinción de dominio radica en que: *“el decomiso administrativo no tiene por finalidad poner en entredicho la legitimidad de la propiedad del bien objeto de dicha medida, sino sancionar la inobservancia de una obligación legal”*.

85. De los precedentes transcritos se puede concluir que la extinción de dominio es una acción patrimonial judicial que procede por la adquisición ilegítima del bien, mientras que el decomiso administrativo de bienes es una medida administrativa que, según las circunstancias, puede ser una medida policiva o una sanción administrativa, pero que no procede por el origen ilícito del bien, sino por el incumplimiento de deberes legales¹⁰⁴. En consecuencia, la atribución de la función de decomisar bienes, a autoridades administrativas, no vulnera el artículo 34 de la Constitución. Por lo tanto, en lo que respecta a este cargo, los apartes demandados de los artículos 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015, se declararán exequibles.

b. El decomiso administrativo y los derechos de defensa y contradicción

86. La demanda plantea que la norma prevista en el artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, que prevé la imposición de la medida de decomiso respecto del medio de transporte en el que fue hallada mercancía objeto del delito de contrabando o que haya sido adaptado para ocultar mercancías del control aduanero, vulneraría el derecho al debido proceso al no permitir la defensa y contradicción del propietario del vehículo, antes de la imposición de la medida de aprehensión y decomiso. Esto quiere decir que los demandantes plantean un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, por una posible omisión legislativa.

87. Ahora bien, el mismo artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, *sub lite*, dispone que la aprehensión y decomiso se hará *“por causales previstas en el Estatuto Aduanero”*, y *“de conformidad con estas mismas causales y conforme a los*

¹⁰⁴ El Estatuto Aduanero, Decreto 390 de 2016, define el decomiso en su artículo 3, relativo a las *“Artículo 3. Definiciones. A efectos aduaneros y para la aplicación del presente Decreto, las expresiones contenidas en este artículo tendrán el significado que a continuación se determina: (...) DECOMISO. Acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, medios de transporte o unidades carga, de los cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su legal introducción, permanencia y circulación en el territorio aduanero nacional”*.

procedimientos previstos por la normatividad aduanera”, siempre que la cuantía de las mercancías permitan la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos; o cuando el medio de transporte ha sido especialmente construido, adaptado, modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías.

88. La regulación del debido proceso se encuentra prevista en el Decreto 390 de 2016, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de su competencia constitucional del artículo 189, numeral 25. Este decreto dispone la competencia de la autoridad aduanera para la adopción de la decisión. Precisa las causales de aprehensión y decomiso de mercancías, a partir del artículo 550 del mismo decreto, las que se refieren a irregularidades en el proceso de importación o exportación. El procedimiento relativo a la imposición de medidas de aprehensión y decomiso es el previsto a partir del artículo 552, a partir de la existencia de dos procedimientos, el del decomiso ordinario y el del decomiso directo. El decomiso ordinario, que es la regla, comienza con la expedición de un acto administrativo de trámite que, entre otros requisitos, constata la existencia de la causal de decomiso. El acto administrativo definitivo que decidirá, de manera definitiva, la situación jurídica de las mercancías, sólo se adoptará luego de un debido proceso con la participación de los interesados. El avalúo de las mercancías se realiza de manera provisional, pero se convoca a una diligencia donde se debatirá probatoriamente. La aprehensión puede ser objeto de objeciones decididas luego de un debate probatorio (artículo 565 del Decreto 390). Terminado el procedimiento administrativo, se decidirá de manera definitiva sobre la naturaleza jurídica de las mercancías y el decomiso provisional, podrá convertirse en un decomiso definitivo. El procedimiento excepcional o directo es sumario y sólo se realiza en los precisos casos previstos por el Estatuto aduanero: en la diligencia y, antes de ordenar la aprehensión y el decomiso, se le dará la oportunidad al particular de presentar pruebas que demuestren la legalidad de la importación (artículo 570 del Decreto 390 de 2016). La actuación administrativa se decidirá mediante acto administrativo motivado definitivo que es objeto de un recurso administrativo de reconsideración en el que se admite el aporte y práctica de pruebas. En el caso del decomiso ordinario y del decomiso excepcional o directo, el acto administrativo definitivo puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo.

89. Como se puede ver, la medida de decomiso ordinario, adoptada por la autoridad administrativa, no requiere el agotamiento previo del debido proceso. Sin embargo, da inicio a un debido proceso, con la participación de las personas interesadas, las que podrán presentar pruebas y debatir las decisiones. Entendida de esta manera, el decomiso administrativo no es una sanción, sino una medida inmediata de carácter policivo, que puede ser levantada durante el proceso, previa constitución de caución (artículo 564 del Decreto 390 de 2016). Así lo pone de presente el Ministerio de Hacienda, en su intervención en el presente proceso: “*no tiene por objeto declarar la*

responsabilidad de los conductores o dueños de los medios de transporte, sino evitar la libre movilización de productos infractores". Esta finalidad policiva se agrega con la de dar inicio al procedimiento administrativo. También, el artículo 561 del Decreto 390 de 2016 dispone: "*El proceso de decomiso se adelantará con el fin de establecer el cumplimiento de las formalidades aduaneras en la introducción y permanencia de las mercancías extranjeras al país; y sólo procederá cuando se tipifique alguna de las causales de aprehensión establecidas en este Decreto. Excepcionalmente procederá respecto de mercancías que se pretenden someter a exportación*". (Negrillas no originales).

90. Resulta pertinente referir la sentencia C-703 de 2010 que declaró la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 1333 de 2009 relativo a las medidas preventivas en materia ambiental. Al respecto consideró esta Corte: "*De otra parte, descartado su carácter de sanción y determinada su índole preventiva, es obvio que la ejecución y el efecto inmediato que corresponden a su naturaleza riñen abiertamente con la posibilidad de que su aplicación pueda ser retrasada mientras se deciden recursos previamente interpuestos, máxime si su finalidad es enfrentar un hecho o situación que, conforme a una primera y seria valoración, afecte o genere un riesgo grave para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana*".

91. Por las razones expuestas, el decomiso de mercancías, como medida no sancionatoria, puede así ser adoptada de manera inmediata, sin el agotamiento previo de un debido proceso, por tratarse de una decisión que da inicio al procedimiento administrativo garantista. Por estas razones, el artículo 51 de la Ley 1762 de 2015 no desconoce el debido proceso y será declarado exequible.

Conclusión

92. El presente caso se originó en la demanda formulada por los ciudadanos **GLORIA MARÍA ARIAS ARBOLEDA** y **CRISTÓBAL BLANCO RODRÍGUEZ** contra los artículos 4, 6, 8, 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015, *Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*. Los demandantes consideran que las partes acusadas deben ser declaradas inexecutable por desconocer los límites constitucionales a la potestad legislativa, en materia penal (necesidad de las penas, razonabilidad y proporcionalidad, intervención penal *ultima ratio*, carácter subsidiario de la sanción penal, legalidad de los delitos y de las penas, el derecho a la igualdad y los principios de confianza legítima y *non bis in idem*) y, en lo que se refiere a las medidas administrativas de decomiso, por atribuir a autoridades administrativas, materias reservadas a la autoridad judicial y sin la previsión de otras garantías del debido proceso. Salvo las intervenciones que solicitaron a esta Corte la inhibición, coincidieron en la solicitud de declaratoria de constitucionalidad de las normas acusadas. En este mismo sentido concluyó el concepto del Procurador General de la Nación.

93. Los problemas jurídicos planteados fueron los siguientes:

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

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

94. Para responder a estos problemas jurídicos, la Corte Constitucional concluyó que, en las partes demandadas de la tipificación de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, la represión penal ha respetado el principio necesidad de las penas que exige lesividad, subsidiariedad y carácter *ultima ratio* de la intervención penal, ya que la tipificación de estos delitos resulta de una política punitiva que ha mostrado el recurso paralelo, aunque insuficiente, a medidas de otro tipo que, frente a la gravedad de los atentados a bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, exigen una respuesta más contundente, de tipo penal.

95. La demanda planteaba que la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando determinaba una restricción desproporcionada de la libertad económica (artículo 333 de la Constitución). A este respecto, la Corte Constitucional realizó un control de razonabilidad y proporcionalidad leve, propio del juicio de constitucionalidad de medidas penales y, con mayor razón, de leyes en aspectos económicos. Se concluyó que la libertad económica no es absoluta, que las finalidades perseguidas por la norma son válidas, desde el punto de vista constitucional, en cuanto pretenden proteger el orden público económico y que el instrumento penal es adecuado para determinar el límite razonable a la libertad económica que consiste en la legalidad de la actividad. Por esta razón, en lo que concierne a este cargo, las partes de mandadas de la norma serán declaradas constitucionales.

96. Concluyó la Corte que el legislador no desconoció el principio de igualdad al establecer el mismo *quantum* de pena de multa respecto del contrabando y el favorecimiento y facilitación del mismo porque el trato dado a estos comportamientos materializa el mandato de trato diferente a personas que se encuentren en situación parcialmente distinta, pero cuyas diferencias son más importantes que los elementos en común. De esta manera, identificó la Corte la existencia de factores en común, relativos a la participación en la introducción de mercancías de contrabando al tráfico comercial, pero también puso de presente la existencia de elementos diferentes, relativos al grado y la forma de participar en la cadena del contrabando. Por esta razón se justifica

constitucionalmente el trato parcialmente distinto, diferenciado en cuanto a la pena de prisión, pero igual frente a la multa.

97. Esta Corte determinó que el legislador no desconoció el principio de legalidad de los delitos y de las penas al determinar los verbos rectores de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, ya que dichas expresiones verbales no son vagas e imprecisas, su sentido debe ser el semántico usual y es función del fiscal y del juez penal, el establecer, en cada caso, el sentido de cada verbo, de manera razonable y proporcionada, luego de un debate propio del debido proceso. También se determinó que las expresiones y “*realice cualquier otro acto*”, prevista en la tipificación del lavado de activos no es en sí misma inconstitucional, en cuanto se interprete que ella no implica indeterminación de las conductas punibles, es decir, la posibilidad de que sea el operador jurídico del delito, fiscal y juez penal, el que libremente identifique nuevas conductas que puedan encuadrar en este delito. Esta apertura en cuanto a los comportamientos reprochables, sería contraria al principio de legalidad, en su componente de ley cierta. Por lo tanto, la Corte Constitucional declarará la inexecutable de la expresión “*realice cualquier otro acto*”.

98. También se determinó que la expresión “*valor aduanero*”, que realiza la descripción del delito de contrabando no desconoce el mandato de tipicidad, en cuanto dicho ingrediente normativo se completa por la remisión a normas precisas que garantizan un debido proceso en la determinación del valor aduanero de las mercancías.

99. Esta Corte determinó igualmente que la expresión “*por cualquier medio*”, prevista en la descripción del fraude aduanero, no vulnera la exigencia de tipicidad, en cuanto los verbos rectores del delito se encuentran claramente delimitados y, la expresión, solamente pretende precisar la indiferencia de los medios utilizados para realizar los verbos rectores del tipo penal.

100. Igualmente se determinó que la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando no desconoce el principio de confianza legítima, ya que las autoridades públicas colombianas, de manera coherente, sistemática y permanente despliegan, desde hace mucho tiempo, actividades tanto de control, como de persecución, tendientes a combatir la actividad del contrabando. Además, se concluyó que la confianza legítima sólo protege convicciones basadas en la buena fe, lo que es contrario al dolo que se exige en la realización de estas conductas.

101. Respecto a la posible vulneración del principio *non bis in idem* por prever como delitos fuente o delitos subyacentes del lavado de activos, el contrabando y el favorecimiento y facilitación del contrabando, esta Corte determinó que cada uno de esos delitos reprimen comportamientos suficientemente individualizados y, por lo tanto, su realización puede generar un posible concurso de delitos el que, al tratarse de descripciones típicas diferentes en

cuanto a su acción y objeto sobre el cual recaen, no desconocen la prohibición de *bis in idem*. No obstante, esta Corte concluyó que le corresponderá al operador jurídico de la norma penal, fiscal y juez, en cada caso concreto, aplicar las reglas relativas al concurso de delitos, en particular, las de subsidiariedad y consunción en materia penal, para garantizar el principio *non bis in idem*, cuando las mismas acciones que puedan identificarse como favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, recaigan sobre los mismos objetos materiales o bienes, como la mercancía objeto de contrabando, para imputar responsabilidad por uno de los dos comportamientos punibles. En este sentido, se concluyó que las partes demandadas de la norma son exequibles.

102. En lo que concierne a los cargos formulados contra los artículos 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015, en el sentido de su posible inconstitucionalidad por desconocer el debido proceso (artículo 29 de la Constitución), la demanda señalaba que las medidas de decomiso de bienes, en cuestión, desconocían la reserva judicial en materia de extinción de dominio (artículo 34 de la Constitución), al atribuir la competencia para decomisar bienes a autoridades administrativas. A este respecto, la Corte concluyó que la norma es constitucional en cuanto existen profundas diferencias entre el decomiso administrativo y la extinción de dominio, razón por la cual, al no tratarse de medidas de extinción de dominio, resulta constitucionalmente válido atribuir la competencia para su adopción a autoridades administrativas. Por otra parte, la demanda acusaba el artículo 51 de la misma ley, por vulnerar el derecho de defensa y contradicción del propietario del vehículo donde se transporten bienes de contrabando o que esté adecuado para ocultar mercancías, en cuanto no le permitirían oponerse jurídicamente a la medida de decomiso. A este respecto, la Corte Constitucional analizó el procedimiento legalmente establecido para la adopción de este tipo de medidas y concluyó que sí existe un procedimiento administrativo previo y posterior a la adopción de la medida, en el que la persona interesada puede ejercer sus derechos a la defensa y a la contradicción, no sólo administrativamente, sino también ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que permitió concluir que la norma es constitucional. Por estas razones, por los cargos formulados, las partes demandadas de los artículos 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015 serán declaradas exequibles.

III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 1, 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

SEGUNDO: Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 1, 2 y 3 del artículo 6 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

TERCERO: Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*por cualquier medio*”, contenida en el artículo 8 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

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

QUINTO: Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, los apartes demandados de los artículos 14 y 15 de la Ley 1762 de 2015.

SEXTO: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Vicepresidente
Salvamento parcial de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada
Con salvamento parcial de voto
Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-191/16**

DEMANDA SOBRE APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-Cargo no cumple con requisito de certeza (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA SOBRE APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-No debió declararse inexecutable la expresión “*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*” por cuanto se deja sin sanción actos o conductas reprochables de “ocultamiento” o “encubrimiento” de bienes respecto de los cuales el agente sabe que son producto de los ilícitos (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA SOBRE APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-Corte debió inhibirse frente a expresión “*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*” o en su defecto, declarar su constitucionalidad por avenirse a las exigencias propias de la tipicidad (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D-10965.
Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 6, 8, 11, 14, 15, y 51 de la Ley 1762 de 2015. *"Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal"*.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Las razones que mueven al suscrito magistrado a discrepar parcialmente de la decisión mayoritaria, son las siguientes:

Comparto lo expresado por el Procurador General de la Nación en el concepto N° 6002, en el sentido de que el cargo no cumple con el requisito de certeza, el cual, por este aspecto, esto es, por no incorporar el énfasis argumentativo requerido, adolece de una precaria estructuración que justificaría que esta causa no desembocara en un pronunciamiento de mérito;

y es que luego, para analizar el artículo 11 demandado, resulta indispensable hacer una interpretación sistemática, específicamente, en lo referido al contenido del artículo 12 del Código Penal, el cual claramente proscribe la responsabilidad objetiva, según la cual, un sujeto debía responder de un hecho causado por él aunque no hubiese tenido la voluntad de realizarlo (dolo), inclusive, cuando no actuara con imprudencia o negligencia (culpa). Por consiguiente, al pretender el recurrente que se pueda incurrir en responsabilidad penal sin culpabilidad, es atribuirle a la norma acusada un significado que no tiene, sumado a que por la naturaleza del bien jurídico protegido y a la grave lesión que se causa, justifican, en demasía, la tipificación del delito, por lo cual la expresión "*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*" no es indeterminada o vaga, sino, por el contrario, satisface los principios de buena fe; derecho de propiedad; libre actividad económica; resaltando el principio de necesidad, por cuanto la protección del erario público como parte integrante del orden económico, es de gran importancia para el Estado y teniendo en cuenta, la histórica recurrencia del fenómeno del contrabando, en nuestro medio, se requiere que la coerción del Estado sea mayor, tal y como lo prescribe la norma en cuestión, teniendo en cuenta que en la práctica los demás medios de control, no penales han sido insuficientes para combatir este fenómeno, con el agravante que este delito generalmente se ejecuta en conexidad con otros delitos tales como el lavado de activos y/o actividades como el comercio de divisas, entre otras situaciones que evidentemente ponen en peligro el desarrollo de la industria nacional, el empleo y consecuentemente las finanzas públicas.

En particular frente al análisis de fondo del asunto considero que no debió declararse la inexecutable del artículo 11 de la Ley 1762 de 2015 en lo que se refiere a la expresión "*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*", por cuanto se deja sin sanción actos o conductas reprochables de "ocultamiento" o "encubrimiento" de bienes respecto de los cuales el agente sabe que son producto de los ilícitos que dicha norma relaciona, incluido el contrabando. Lo cual, a no dudarlo, fisura sensiblemente la efectividad de la norma frente a las muy diversas formas de aprovechar el resultado del ilícito mediante ingeniosas y sofisticadas maniobras que al efecto suelen ser desarrolladas y que el legislador, de antemano, no tiene por qué identificar o adivinar, ni está en la capacidad para hacerlo con antelación, como presupuesto para satisfacer plenamente los requerimientos de la tipicidad cuando, como en este caso ha identificado con claridad el marco regulador de la conducta delictual respectiva.

En este sentido comparto varias de las intervenciones que enriquecieron el debate jurídico desplegado en el estudio de la presente demandada de constitucionalidad ^[105], en cuanto se destacaron por solicitar la executable del segmento en mención.

¹⁰⁵ Presentaron sus intervenciones en este caso, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Ministerio de Minas y Energía; Ministerio de Justicia y Derecho; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Relaciones

Por su parte, también suscribo lo que destacó el Ministerio de Justicia y Derecho, respecto de la dimensión del problema al citar un extracto de la exposición de motivos de la Ley 1762 de 2015, en la que se explica que: "*El Estado Colombiano ha declarado a los contrabandistas, lavadores de activos y evasores fiscales, como objetivos de alto valor, lanzando de tal forma un declaración de guerra en contra de las estructuras organizadas y mafias delincuenciales que ponen en riesgo la seguridad nacional, tal como en algún momento lo hizo en contra del flagelo del narcotráfico*", y en este contexto consideró que el legislador no desbordó su margen de configuración al tipificar el delito de contrabando, recalcando que en este delito confluyen varios sujetos, el importador o exportador, el transportador y el comercializador, además de otras personas que les ayudan en estas actividades y en el almacenaje de las mercancías, lo cual denota la alta complejidad del delito y la consecuente necesidad del Estado de introducir una modificación normativa en procura de mejorar la eficiencia en el control del contrabando y del lavado de activos y es así como en efecto, el precepto en mención estableció con claridad los sujetos, conducta punible, objeto, pena y las circunstancias específicas de agravación punitiva satisfaciendo así el principio de legalidad.

Por consiguiente, a mi juicio, los aspectos esbozados debieron tenerse en cuenta para sustentar una decisión inhibitoria respecto a este cargo o en su defecto, declararse la constitucionalidad del aparte cuestionado por avenirse a las exigencias propias de la tipicidad.

Fecha *ut supra*

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

Exteriores; Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); Contraloría General de la República; Dirección General Marítima (DIMAR); Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) y Procuraduría General de la Nación. Las cuales coinciden en solicitar que la corte se declare inhibida para estudiar de fondo el cargo en mención o en su lugar declararlo exequible

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
A LA SENTENCIA C-191/16**

MEDIDA SOBRE MEDIO DE TRANSPORTE EN QUE HAYA SIDO ENCONTRADA LA MERCANCIA Y HUBIERA SIDO OBJETO DE DECOMISO CONFORME A PROCEDIMIENTOS DE NORMATIVIDAD ADUANERA-Potestad sancionatoria del Estado (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA SOBRE APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-Falta de certeza y especificidad en la demanda (Salvamento parcial de voto)

Expediente: D-10965

Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, *“Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”*.

Actores: Gloria María Arias Arboleda y Juan Cristóbal Blanco Rodríguez

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, salvo parcialmente el voto. Ello porque en relación con el artículo 51 demandado, éste dispone que bajo ciertas condiciones materiales y *“conforme a los procedimientos previstos en la normatividad aduanera”*, la potestad de imponer la medida de decomiso o aprehensión sobre el medio de transporte en el cual haya sido encontrada una mercancía que, a su turno, hubiera sido objeto de decomiso. Como se observa, el artículo no pretende regular el procedimiento para imponer las medidas constitutivas de decomiso o aprehensión sobre medios de transporte en que se hallen mercancías decomisadas, sino señalar que esta última medida es legal, siempre que se ejecute con arreglo al trámite contemplado *“en la normatividad aduanera”*. Esta norma, sin embargo, era cuestionada por los accionantes por cuanto omite prever un procedimiento

previo a la aprehensión y decomiso de medios de transporte, que garantice el derecho del afectado a la contradicción.

Sin embargo, más allá de si hay una omisión de esta naturaleza o no, la misma sería predicable de la normatividad procedimental, y no de la disposición sustancial cuestionada en este caso. Por ende, en mi concepto, la demanda carecía de aptitud por cuanto consideraba como omisiva una norma sustancial por no regular un asunto de procedimiento. La acusación por omisión ha debido, en contraste, dirigirse contra las normas que regulan el trámite de adopción de medidas de decomiso y aprehensión, pues era de ellas que debía esperarse una disposición sobre el derecho de defensa del afectado, y no de los preceptos sustanciales. En la medida en que no fueron acusadas específicamente las normas de procedimiento, la demanda carecía de certeza y especificidad. Por ende, en este caso lo adecuado era inhibirse de emitir un fallo de fondo.

Es por esa razón que salvé parcialmente el voto, puesto que compartí el pronunciamiento sobre las demás normas demandadas.

Fecha ut supra

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-191/16**

NORMA SOBRE APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-Test de proporcionalidad frente a definición de medidas de política criminal y establecimiento de nuevos delitos y penas (Aclaración de voto)

NORMA SOBRE APREHENSION Y DECOMISO DE MEDIO EN QUE SE TRANSPORTE U OCULTE MERCANCIA-Test estricto de proporcionalidad en casos donde se definan o agraven los delitos y las penas (Aclaración de voto)

TEST ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD-Realización para evaluar conveniencia y constitucionalidad de medida penal propuesta cuando Congreso no de tramite vía Ley Estatutaria a proyectos de ley sobre medida de creación o agravación punitiva (Aclaración de voto)

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Exigencia de mayor carga argumentativa para aumentar los delitos y las penas bajo el entendido que el derecho penal debe ser usado como ultima ratio cuya finalidad o ius puniendi es lograr la resocialización de los condenados (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10965

Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones de los artículos 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, "*Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*"

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la referencia.

Si bien estoy de acuerdo con la decisión tomada respecto de la norma demandada, considero necesario hacer algunas precisiones sobre la

naturaleza del test de proporcionalidad a aplicar en casos en los que se definen medidas de política criminal y se establecen nuevos delitos y penas.

L- En el presente caso la Corte estudió los cargos planteados por los demandantes contra las disposiciones acusadas y determinó que los problemas jurídicos a resolver consistieron en definir: (i) si el legislador excedió los límites constitucionales que tiene el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, al tipificar los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos y (ii) si las normas demandadas desconocen lo previsto en los artículos 29 y 34 de la Constitución, al admitir el decomiso y la aprehensión de mercancías y medios de transporte por parte de autoridades administrativas, sin sentencia judicial previa, al margen del procedimiento establecido en la ley para la extinción de dominio y sin atención al principio de culpabilidad.

En ese orden de ideas, luego de realizar el análisis de constitucionalidad correspondiente, la Corte estimó que las normas demandadas se ajustan a la Constitución y por lo tanto, declaró su exequibilidad general salvo una declaratoria de inexecutable de la expresión "*o realice cualquier otro acto para encubrir su origen ilícito*" del inciso primero del artículo 11 de la Ley 1762 de 2015. - Ahora bien, aunque comparto el sentido general de la decisión, la razón por la cual aclaro el voto tiene que ver con la necesidad de precisar la aplicación del *test estricto de proporcionalidad* en casos en donde se definan o agraven delitos y penas. Me explico. Si bien en la ponencia se anunció la realización de un "juicio de razonabilidad y proporcionalidad de los delitos y las penas", este al final se realizó de forma débil (test débil), con lo que la Corte incumplió con uno de sus más recientes precedentes. En las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, en donde se examinó la grave problemática de las cárceles y de las penas en Colombia, se ha cuestionado al Ejecutivo y al Congreso por tener una política pública criminal *incoherente, populista y reactiva*, que debe reformarse de forma urgente.

En las providencias reseñadas se ha insistido en la necesidad de que el Congreso tramite vía Ley Estatutaria -no simplemente ordinaria- esta clase de proyectos de ley y se justifique debidamente la necesidad imperiosa de la medida de creación o agravación punitiva, esto es, que identifique claramente cuál es el fundamento para hacerlo, principalmente con estudios, estadísticas o investigaciones. Mientras el Congreso no realice esta labor de forma rigurosa, le corresponde a la Corte realizar un test estricto de proporcionalidad para evaluar la conveniencia y constitucionalidad de la medida penal propuesta. Como en la presente providencia no se adoptó dicho test, he optado por aclarar mi voto.

3.- En conclusión, la Corte para ser coherente con su precedente jurisprudencial, ha debido endurecer el control constitucional y no aplicar las mismas lógicas del pasado que se basaban exclusivamente en el amplio

margen de configuración del legislador. En este sentido, debe exigirse una mayor carga argumentativa del Congreso para aumentar los delitos y las penas, bajo el entendido que el derecho penal solo debe ser usado como *ultima ratio* y atendiendo también a que la finalidad del derecho penal o *ius puniendi* estatal es lograr la resocialización de los condenados.

Fecha ut supra

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO DE LA
MAGISTRADA GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
A LA SENTENCIA C-191/16**

Referencia: Expediente D-10965

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4° (parcial), 6° (parcial), 8° (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, “[p]or medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”.

Magistrado sustanciador:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a **aclarar y salvar parcialmente el voto** en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 20 de abril de 2016.

1. Los ciudadanos plantearon diversos cargos en relación con cada uno de los artículos acusados, así:

En relación con el **artículo 4°**, que consagra el tipo penal de contrabando, determinaron que la norma violaba los artículos 1°, 2°, 5°, 28 y 29 Superiores. En particular, indicaron que la disposición desconoce (i) el carácter subsidiario del derecho penal; (ii) el principio de necesidad de la medida, porque esta conducta se podría prevenir por otros medios; (iii) el principio de legalidad, porque no da criterios para fijar la pena, y esto queda a discrecionalidad del juez; (iv) el principio de legalidad porque contiene expresiones indeterminadas tales como “ocultar, disimular, o sustraer”, las cuales no tienen un sentido unívoco; y (v) el principio de culpabilidad.

En cuanto al **artículo 6°**, que establece el tipo penal de favorecimiento del contrabando, señalaron que la disposición violaba los artículos 2°, 6°, 29, 58, 83 y 333 Superiores, 1°, 2°, 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 1° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos. Lo anterior, por cuanto transgrede (i) el principio de subsidiariedad; (ii) el principio de necesidad de la pena; (iii) el principio de presunción de inocencia y la prohibición de responsabilidad objetiva (debido a que basta con que una persona incurra en cualquiera de los verbos contenidos en la norma para que se configure la conducta); (iv) el derecho a la propiedad

privada y los derechos adquiridos; y (v) el derecho a ejercer una actividad económica privada.

En cuanto al **artículo 8º**, relativo al tipo penal de fraude aduanero, argumentaron que violaba el artículo 29 Superior al desconocer el principio de legalidad, pues la expresión “fraude aduanero”, resultaba vaga e indeterminada.

En relación con el **artículo 11** sobre lavado de activos, sostuvieron que la norma violaba los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 28 y 29 Superiores, pues desconocía (i) el principio de necesidad, al sancionar tanto el contrabando como el lavado de activos derivado de éste; (ii) la libertad; (iii) **el principio de legalidad, porque se trata de un tipo penal indeterminado**; y (iv) el principio de culpabilidad, al prever una responsabilidad objetiva.

En cuanto a los **artículos 14 y 15** que prevén el decomiso de mercancías como sanción por evasión del impuesto al consumo, indicaron que estos violaban el artículo 34 Superior, al desconocer la obligación de que la extinción de dominio se dé por orden judicial.

Por último, en relación con el **artículo 51** que consagra la extensión de normas de aprehensión y decomiso a medios de transporte, alegaron que violaba los artículos 34 y 29 Superiores porque prevén una forma de responsabilidad objetiva

2. Después de estudiar la aptitud de los cargos y admitir la mayoría de ellos, la Sala Plena de esta Corporación se propuso resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿El Legislador excedió los límites constitucionales al ejercicio del ius puniendi del Estado, al tipificar los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos?

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

Para resolver los cuestionamientos mencionados, la sentencia efectuó análisis sobre los siguientes temas: (i) los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos y los límites a la “**discrecionalidad**” o margen de configuración

legislativa en materia penal; y (ii) el decomiso, la extinción de dominio y el derecho al debido proceso.

3. A partir de los conceptos desarrollados, la Sala Plena concluyó que las normas demandadas se ajustan a la Constitución y por lo tanto, declaró su exequibilidad.

Sin embargo, declaró la inexecutable de la expresión “*o realizar cualquier acto para encubrir su origen ilícito*”, contenida en el artículo 11 de la ley demandada, referente al delito de lavado de activos.

RAZONES DEL SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

4. Tal y como lo argumenté ante la Sala Plena, estimo que la expresión “o realice cualquier otro acto para encubrir su origen ilícito” contenida en el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, no debió ser declarada **INEXEQUIBLE**, pues contrario a lo sostenido por la mayoría de la Sala, ésta no vulnera el principio de legalidad.

5. En la sentencia de la que me aparto se dijo que se estaba ante dos posibles interpretaciones del artículo: la primera, consistente en que el listado de conductas que antecede a la expresión *o realizar cualquier acto para encubrir su origen ilícito* era meramente enunciativo, por lo que el operador judicial podría imputar la conducta con cualquier acción, y la segunda, según la cual la expresión acusada refería a los actos ya descritos en el tipo, por lo que la expresión era inútil, pues remitía a las conductas que la antecedían.

Ante ambas interpretaciones, una que supuestamente desconoce el principio de tipicidad y otra redundante, se concluyó que era mejor evitar la arbitrariedad, por lo que el juez constitucional debía declarar la inconstitucionalidad de la expresión, para que no se pudiera imputar responsabilidad por actos que no estuvieran descritos taxativamente en la norma.

6. Considero que la decisión presenta dos falencias. Primero, nunca se fijó el alcance de la norma, lo que generó un estudio confuso del caso concreto, que se fundamentó en distintas lecturas de la expresión acusada, las cuales no resultan suficientes para generar un análisis de constitucionalidad adecuado.

Segundo, porque la razón de la decisión consistió en evitar la “posibilidad de arbitrariedad” del juez, de cara a la expresión *o realizar cualquier otro acto para encubrir*, pero no estudió por qué el verbo *encubrir* no era suficiente para describir la conducta, y en esa medida, considero que el análisis sobre la violación del principio de legalidad fue superficial.

7. Por el contrario, estimo que las distintas modalidades que pueden ser utilizadas para ocultar el origen ilícito de los bienes, hace imposible que el Legislador prevea todas las actuaciones que constituyen lavado de activos. En ese sentido, el elemento esencial que sanciona esta conducta punible consiste en las acciones que se lleven a cabo para *ocultar o encubrir* la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre bienes provenientes de las actividades ilícitas que se enuncian en el mismo artículo, las cuales pueden realizarse de diversas maneras.

Así pues, a mi juicio la expresión que fue declarada inexecutable era suficiente para definir la conducta y en esa medida no se transgredían los principios de tipicidad y legalidad. Por consiguiente, contrario a lo que se afirma la sentencia, a mi juicio el Legislador no transgredió los principios a los que se sujeta su libertad de configuración en materia penal, por lo cual la expresión acusada debió ser declarada executable.

RAZONES DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

8. Me permito aclarar el voto, pues estimo que el análisis de aptitud de los cargos es superficial e insuficiente. Así pues, considero que la ponencia intentó corregir los cargos al demandante, y en ningún momento estableció el alcance de las disposiciones acusadas, lo que hizo complejo entender el objeto del pronunciamiento.

Además, sin ninguna explicación, se omitió analizar la aptitud de los cargos relacionados con la executable de los artículos 14, 15 y 51, relativos a las sanciones administrativas de decomiso y aprehensión de mercancías y medios de transporte, en relación con los cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores y la DIMAR habían solicitado la inhibición.

Así pues, a pesar de compartir el sentido de la decisión en relación con la declaratoria de executable de los artículos 4° (parcial), 6° (parcial), 8° (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, estimo que la decisión tiene falencias metodológicas originadas en el análisis de aptitud de los cargos, el cual fue insuficiente.

ASUNTOS DESATENDIDOS POR EL MAGISTRADO PONENTE

9. Debo dejar constancia de que en la sesión del 20 de abril de 2016, en la cual fue discutida la ponencia presentada por el Dr. Alejandro Linares Cantillo, la mayoría de la Sala le solicitó cambiar algunas referencias, el Magistrado se comprometió a suprimirlas, y bajo esa condición la mayoría aprobó la decisión.

A pesar de ello, sorpresivamente en la sentencia presentada para firmas persisten las afirmaciones que el ponente se comprometió a modificar, es decir, no se realizaron las variaciones mencionadas y de ese modo se

desconoció la decisión adoptada por la mayoría de los magistrados que conforman la Sala Plena de la Corporación.

Particularmente, son 3 los asuntos que el Magistrado se abstuvo de corregir, en abierto desconocimiento de la decisión de la mayoría, a saber:

10. En primer lugar, se evidenció que ni los demandantes ni los intervinientes propusieron un cargo por violación al principio de igualdad. Incluso, el artículo 13 de la Constitución no fue mencionado por aquéllos. No obstante, en las consideraciones se introdujo el análisis sobre el principio de igualdad en relación con las sanciones para las conductas de contrabando y su favorecimiento.

En efecto, no es claro por qué la Corte se pronuncia sobre ese asunto y compara las sanciones de prisión y de multa de ambos tipos penales (contrabando y favorecimiento del contrabando), sin haber hecho siquiera un análisis de aptitud del cargo, el cual además no se habría superado, pues éste sería inepto ante la falta de certeza.

Así pues, la sentencia analizó un cargo que nunca fue planteado por los demandantes ni los intervinientes.

11. En segundo lugar, se advirtió que el Magistrado debía suprimir las referencias a la posible afectación del derecho a la libertad de empresa, debido a que los cargos relacionados con la vulneración de esa prerrogativa no superaron el análisis de aptitud. No obstante, aún persisten afirmaciones que atañen a la tensión de los tipos penales y sanciones contenidos en la ley acusada y el derecho a la libertad de empresa, las cuales claramente son impertinentes.

12. En tercer lugar, la Sala Plena aclaró que en Colombia el Legislador está investido de *libertad de configuración legislativa* o tiene un *margen de libertad de configuración legislativa*, según las denominaciones que le ha dado la jurisprudencia constitucional a esa potestad. A pesar de la claridad de este concepto, el Magistrado ponente propuso una denominación diferente referida a la “discrecionalidad del legislador” al referirse a la configuración legislativa en materia penal, la cual no fue acogida por la Sala Plena pues las palabras “libertad o potestad” y “discrecionalidad” tienen implicaciones y orígenes distintos.

13. En efecto, tal y como lo ha establecido esta Corte en distintas providencias, la *libertad o potestad de configuración legislativa* desarrolla la cláusula general de competencia del Congreso para hacer las leyes, y se deriva de la literalidad de los artículos 114 y 150 Superiores. En tal virtud, el poder legislativo está facultado para expedir leyes “*en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de legislación y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso cuando esos*

temas no están comprendidos dentro de las funciones que han sido asignadas expresamente al Congreso en la Carta”¹⁰⁶.

Así se ha entendido que el Legislador goza de un amplio margen de configuración, pues las funciones identificadas en el artículo 150 de la Constitución no son taxativas, sino meramente enunciativas. Desde muy temprano esta Corte, mediante sentencia C-527 de 1994¹⁰⁷, manifestó que:

"De otro lado, la Corte Constitucional recuerda que en Colombia la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso, puesto que a éste corresponde "hacer las leyes" (C.P Arts 114 y 150). Esta es una diferencia profunda de nuestro ordenamiento constitucional con el de otros países, como el de Francia. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la República [Francia] enumera las materias que son competencia del Parlamento, de suerte que toda otra materia es competencia reglamentaria del ejecutivo (artículo 37 de esa constitución), lo cual significa que ese régimen constitucional atribuye el poder principal de elaborar las reglas de derecho al Ejecutivo (cláusula general de competencia) y tan sólo un poder secundario y taxativo al Parlamento.

*En cambio, en Colombia, el órgano que tiene la **potestad genérica** de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste corresponde "hacer las leyes", por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior, entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que por ello implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencias está radicada en el Congreso."*

De igual manera, esta Corporación ha determinado que la potestad en cabeza del Legislador fue una elección consiente del constituyente de 1991 y que los límites a la misma **están establecidos únicamente por la Carta**. En efecto, tal libertad configurativa no significa que el Legislador, en el ejercicio de su función constitucional por excelencia –hacer leyes–, carezca de restricciones.

Según la jurisprudencia *“los límites a esa competencia se derivan de la decisión constitucional de asignarle a otra rama u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121), de las cláusulas constitucionales que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas y de la obligación de respetar, en el marco de la regulación legislativa de una materia, las*

¹⁰⁶ Sentencia C-437 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁷ M. P. Alejandro Martínez Caballero

normas constitucionales y los derechos y principios establecidos en la Carta”¹⁰⁸.

14. Ahora bien, en relación con los orígenes y fundamentos del concepto de discrecionalidad existen multiplicidad de teorías y variaciones que no pretendo abordar en este salvamento de voto. Sin embargo, es posible afirmar que en derecho, la discrecionalidad surge debido a la necesidad de dotar de cierto margen de acción a algunos organismos o autoridades estatales, cuando las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública¹⁰⁹, se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

En efecto, una de las principales herramientas para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, **dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general**, en los términos que la legislación avala. En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando, con un margen de apreciación amplio **dentro de las opciones de ley**, una autoridad puede tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

15. Esta breve explicación sobre el origen y fundamento constitucional y jurisprudencial de la cláusula general de competencia del Congreso y la correspondiente libertad o potestad que de ésta se deriva, está encaminada a resaltar las diferencias de éstos conceptos con el de “discrecionalidad legislativa”, propuesto –en mi concepto– erróneamente por el Magistrado ponente.

Como se desprende de lo reseñado, hablar de discrecionalidad sugiere mayores límites al ejercicio del Congreso, pues implícitamente indica que la función de hacer leyes es reglada, lo cual es constitucionalmente incorrecto. Por esas razones se solicitó al Magistrado ponente no equiparar los conceptos y mantener la sólida y reiterada denominación: “*libertad de configuración legislativa*” o “*margen de configuración legislativa*”.

16. Expresados los motivos de la aclaración y salvamento parcial de voto reitero que, a pesar de los puntos señalados, comparto el resto de la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 20 de abril de 2016.

Fecha ut supra

¹⁰⁸ Ib.

¹⁰⁹ Artículo 209 de la Constitución.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada