

Sentencia C-742/15

HABILITACION DE PUERTOS PRIVADOS PARA EL TRANSPORTE DE CARBON-Cumplimiento de requisitos de conexidad, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, necesidad, incompatibilidad y proporcionalidad exigidas de las medidas de emergencia

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS-Reiteración de jurisprudencia

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS EN DESARROLLO DE UN ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA-Reglas/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS EN DESARROLLO DE UN ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA-Etapas

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Examen formal

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS-Condiciones a las que deben ajustarse los decretos de facultades legislativas excepcionales

DECRETO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos de conexidad, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, necesidad, incompatibilidad y proporcionalidad

DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA-Control automático de constitucionalidad/CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETOS LEGISLATIVOS-Aplicación de subreglas

ESTADOS DE EXCEPCION-Principios de razonabilidad y proporcionalidad

DECRETO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Declaración en consideración de medidas adoptadas por Gobierno de Venezuela para expulsar a colombianos disponiendo cierre de fronteras

DECRETO QUE DICTA MEDIDA TEMPORAL Y EXCEPCIONAL PARA PUERTOS CARBONEROS CONCESIONADOS DE SERVICIO PRIVADO-Medidas aplicables

DECRETO QUE DICTA MEDIDA TEMPORAL Y EXCEPCIONAL PARA PUERTOS CARBONEROS CONCESIONADOS DE SERVICIO PRIVADO-Traslado y movilización de carbón entre municipios y puertos públicos y privados

Referencia: expediente RE-220

Revisión de constitucionalidad del Decreto No. 1977 de 6 de octubre de 2015, “Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos carboneros concesionados de servicio privado”

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. Revisión automática de constitucionalidad

La Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, en nombre del Gobierno Nacional, e invocando lo establecido en el artículo 215 de la Carta Política y la Ley 137 de 1994, remitió copia auténtica del Decreto 1977 de 6 de octubre de 2015, por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos carboneros concesionados de servicio privado, el siete (7) de octubre de dos mil quince (2015).

2. Texto del Decreto objeto de revisión.

A continuación se transcribe el texto del Decreto No. 1977 de 2015, conforme a la copia auténtica remitida a la Corte por la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República:

“REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

DECRETO No. 1977 de 2015

6 de octubre de 2015

“Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos carboneros concesionados de servicio privado”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, y

CONSIDERANDO

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 1770 de 2015, el Gobierno Nacional declaró por el término de treinta (30) días el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en los municipios de La Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, El Molino, San Juan del Cesar, Fonseca, Barrancas, Albania, Maicao, Uribia y Hato Nuevo en el departamento de La Guajira; Manaure-Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La jagua de Ibirico, Chiriguaná y Curumaní en el departamento del Cesar; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Área Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen,

El Zulia, Salazar de las Palmas y Sardinata en el departamento de Norte Santander; Cubaraná en el departamento de Boyacá; Cravo Norte, Arauca, Arauquita y Saravena en el departamento de Arauca; La Primavera, Puerto Carreño y Cumaribo en el departamento del Vichada, e Inírida del departamento de Guainía; con el fin de contrarrestar los efectos de la decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de cerrar la frontera con Colombia.

Que en el citado decreto se indicó que gran parte del intercambio comercial que se realiza con la República Bolivariana de Venezuela se materializa en el transporte y habilitación de centros de acopio vinculados al proceso de explotación de minerales, al punto que cuatro municipios de Norte de Santander (El Zulia, Salazar de las Palmas, Sardinata y Cúcuta) producen algo más del 80% del carbón del departamento, mineral que se despacha por puertos del vecino país.

Que como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de Venezuela, los pequeños productores de carbón de Norte de Santander, que usaban los puertos de Maracaibo y La Ceiba en Venezuela para sus exportaciones, están enfrentando pérdidas por US\$175.000 por cada día de cierre de la frontera.

Que en estas condiciones, el cierre de las fronteras afecta definitivamente el intercambio comercial de este mineral y podría generar una amenaza ecológica, pues no obstante la medida adoptada mediante Decreto 1802 de 2015, aún se encuentran represadas miles de toneladas de carbón en centros de acopio de los municipios cobijados por la declaratoria de emergencia.

Que lo anterior perjudica el empleo asociado a la actividad de explotación y comercialización del carbón y perturba el orden social derivado de la misma, como quiera que mil (7.000) trabajadores se encuentran vinculados directamente al proceso productivo y de extracción en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia y no menos de 24 mil trabajadores se relacionan con actividades indirectas de transporte, centros de acopio, servicios de exportación y servicios a la minería.

Que en el Decreto 1802 de 2015 se afirmó que para evitar las consecuencias negativas de orden económico y social producidas por el cierre de la frontera con Venezuela ya descritas y, por tanto, garantizar que el carbón que se produce en los municipios de Norte de

Santander cobijados por la declaración de emergencia sea movilizado por el territorio nacional en dirección a los puertos del Mar Caribe para su exportación, se debe usar la vía férrea disponible, por ser el medio de transporte menos contaminante, más expedito y de bajo precio, que cuenta con la infraestructura requerida para el efecto, y cuyo concesionario ha adoptado medidas efectivas para proteger los derechos fundamentales de los habitantes de los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera.[1]

Que de conformidad con lo dispuesto en los numerales 14, 15 y 24 del artículo 5 de la Ley 1 de 1991 “Estatuto de Puertos Marítimos”, mientras los puertos privados únicamente pueden transportar la carga de la sociedad concesionaria del puerto o de las sociedades jurídica o económicamente vinculadas a ésta, los puertos públicos pueden movilizar la carga los terceros que se sujeten a tarifas y condiciones fijadas por aquellos.

Que en concordancia con el artículo 17 de la misma ley, para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la entidad concedente, que solo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspira la Ley. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.3.5. del Decreto 1079 de 2015, este procedimiento para la modificación de los contratos de concesión tarda aproximadamente cuatro (4) meses.

Que el artículo 19 de la 1 de 1991 establece que las tarifas por el uso de los puertos públicos se deben ajustar a lo dispuesto para el efecto por la Superintendencia de Puertos y Transporte, y las sociedades portuarias que operan puertos de servicio privado, podrán fijarlas libremente.

Que conforme lo disponen los artículos 5.2 y 7 de la Ley 1 de 1991, en virtud del contrato de concesión portuaria, las sociedades portuarias públicas y privadas deben pagar una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.

Que la vía ferroviaria de que trata Decreto 1802 de 2015 se encuentra comunicada con los puertos públicos denominados Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A., los cuales presentan dificultades técnicas de carácter estructural relacionadas, principalmente, con su capacidad para permitir el ingreso y

descargue de un tren de la magnitud requerida para la movilización del carbón represado y que se produzca en los municipios cobijados por el Decreto 1770 de 2015, y la insuficiencia de equipo rodante compatible con el sistema de descargue que existe en dichos puertos.

Que para solucionar estos inconvenientes sería invertir cuantiosos recursos en infraestructura y equipos, cuyos resultados solo producirán impacto a largo plazo.

Que dadas las dificultades técnicas detectadas para el acceso a los puertos de servicio público conectados a la vía ferroviaria referida en el Decreto 1802 de 2015 y la imposibilidad inmediata de solventarlas, y en razón de las limitaciones previstas en el numeral 14 del artículo 5 de la Ley 1 de 1991 para que los puertos privados movilicen la carga de terceros, se hace necesario autorizar la movilización del carbón que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia, a través los puertos de servicio privado de la Costa Caribe destinados a la movilización de carbón, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

Que para contrarrestar las consecuencias negativas de orden económico y social producidas por el cierre de la frontera con Venezuela ya descritas, corresponde garantizar el sometimiento de los puertos privados al régimen tarifario de los puertos públicos, a fin de evitar toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o crear prácticas restrictivas de la misma.

Que para disminuir las tarifas por el uso de los puertos públicos y privados que deberán pagar los productores del carbón que se extrae en los municipios cobijados por el Decreto 1770 de 2015, y como quiera que dichas tarifas deben remunerar los costos y gastos típicos de la operación portuaria, entre los cuales se encuentra la contraprestación establecida en el numeral 2 del artículo 5 y el artículo 7 de la Ley 1 de 1991, se hace necesario que los volúmenes de carga de este mineral no sean tenidos en cuenta para efecto de la liquidación y pago de la contraprestación que deben cancelar los puertos en virtud de los contratos de concesión portuaria.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Autorización. Autorizar la movilización del carbón que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia de que trata el Decreto 1770 de 2015, a través de los puertos de servicio privado de la Costa Caribe destinados a la movilización de carbón, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

Parágrafo. Para la movilización de la carga de que trata el presente Decreto, los puertos de servicio privado se sujetarán a lo dispuesto en su reglamento de condiciones técnicas de operación para la prestación de los servicios.

Artículo 2. Tarifas. Las tarifas por uso de las instalaciones de los puertos privados, derivada de la movilización de carbón proveniente de los municipios de Norte de Santander cobijados por el Decreto 1770 de 2015, se sujetarán a lo dispuesto sobre el particular para los puertos de servicio público.

Artículo 3. Contraprestación. Los volúmenes de carga de carbón provenientes de los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia de que trata el Decreto 1770 de 2015, movilizados por los puertos de servicio público o privado en los términos del presente Decreto, no serán tenidos en cuenta para efecto de la liquidación y pago de la contraprestación que estos deben cancelar en virtud de los contratos de concesión portuaria.

Parágrafo. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el concesionario deberá informar a la Superintendencia de Puertos y Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura, los volúmenes movilizados en vigencia de la autorización prevista en el artículo 1º del presente Decreto, discriminando la carga propia de la proveniente de los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia de que trata el Decreto 1770 de 2015, para lo de su competencia.

Artículo 4. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

[Siguen firmas de los y las titulares de los Ministerios del Interior; Hacienda y Crédito Público; Justicia y del Derecho; Defensa Nacional; Agricultura y Desarrollo Rural; Salud y

Protección Social; Trabajo; Minas y Energía; Comercio, Industria y Turismo; Educación Nacional; Ambiente y Desarrollo Sostenible; Vivienda, Ciudad y Territorio; Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones; y, Transporte. Y de las Viceministras de Relaciones Exteriores y de Cultura, encargadas de las carteras respectivas. Lo anterior en estricto orden de precedencia]”.

II. INTERVENCIONES

1. INTERVENCIÓN DE LA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

La Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República presentó concepto técnico a la Corte Constitucional, defendiendo la exequibilidad del Decreto Legislativo 1977 de 2015. Su escrito comienza por una breve referencia a las condiciones que el artículo 215 de la Carta Política impone al Gobierno Nacional para la declaratoria de estados de emergencia; continúa con una referencia al cumplimiento de los requisitos de forma, y culmina con una amplia explicación de los detalles técnicos y jurídicos relativos al examen de fondo que corresponde desarrollar a este Tribunal. A continuación se presentan los argumentos relativos a los requisitos de forma y fondo a los que se ha hecho referencia:

1.1. Requisitos de forma:

(i) Desarrollo del estado de emergencia declarado por Decreto 1977 de 2015

El decreto legislativo 1977 de 2015 (en adelante, de habilitación de puertos privados) desarrolla el Decreto 1770 de 2015 (en adelante, decreto declaratorio de la emergencia).

El Decreto 1770 de 2015 se promulgó invocando el Decreto 1770 de 2015, dictado con el propósito de contrarrestar los efectos de la decisión de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de cerrar las fronteras con Colombia. En el Decreto declaratorio se hizo referencia al represamiento de carbón en Norte de Santander y a la necesidad de buscar alternativas de “tipo tributario, contractual, administrativo, ambientales; reducción de tarifas de carretera, férreas y portuarias”, entre otras, para superar esa situación.

(ii) Firmas del Presidente y los ministros

El decreto 1977 de 2015 fue suscrito y firmó por el Presidente de la República y todos los

ministros del despacho, atendiendo las exigencias previstas en el inciso segundo del artículo 215 Superior. Sin embargo, aclara la Secretaria Jurídica de la Presidencia, las Ministras de Cultura y Relaciones Exteriores se encontraban en comisión en el exterior, por lo que las Viceministras encargadas de ambas carteras suscribieron el Decreto.

(iii) Vigencia del estado de emergencia

El Decreto 1977 de 2015 (habilitante de puertos privados) se expidió dentro del término de vigencia del Estado de Emergencia declarado por el Decreto 1770 de 2015. Así, este último se dictó el 7 de septiembre de 2015 y se anunció la duración de la situación de excepcionalidad por el término de treinta días corrientes. Como el Decreto 1977 de 2015, objeto de control, se expidió el 6 de octubre de 2015, el requisito se cumple.

(iv) Motivación explícita

El Decreto 1977 de 2015 (habilitante de puertos privados) se fundamentó debidamente, con el señalamiento de las razones de orden social, económico, técnico y jurídico que impulsaron al Gobierno a: (1) autorizar la movilización del carbón que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia a través de los puertos carboneros de servicio privado de la Costa Caribe, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos, (2) someter los puertos privados que lleven a cabo esta operación al régimen tarifario de los puertos públicos, y (3) excluir los volúmenes de carga de carbón provenientes de dichos municipios de la liquidación de la contraprestación que estos deben cancelar en virtud de los contratos de concesión.

1.2. Examen de fondo

(i) Juicio de conexidad y finalidad

El Decreto 1977 de 2015 supera esta exigencia, pues “se sustenta en la existencia de los hechos perturbadores del orden económico, social y ecológico que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, expuestos en los considerandos del Decreto 1977 de 2015”.

En este contexto, el Decreto declaratorio precisó que el cierre fronterizo ordenado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela a partir del 20 de agosto de 2015 ha

ocasionado una crisis en el intercambio comercial de carbón, afectando no solo a los productores del mineral, quienes enfrentan pérdidas por US\$175.000 por cada día de cierre, sino también a los trabajadores directos —calculados por el Ministerio del Trabajo en 7000 personas— e indirectos que, según la misma Cartera ascienden a 21000 personas.

Con el objeto de permitir la movilización del mineral represado en los Municipios de Norte de Santander afectados por la medida adoptada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el Decreto 1802 de 2015 [también dictado en desarrollo del Decreto 1770 de 2015, y actualmente bajo control automático por parte de este Tribunal] el Gobierno Nacional autorizó el tráfico ferroviario, todos los días, las 24 horas, en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera, mientras permanezca cerrada la frontera con la República bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

Ahora bien, como se indica en el Decreto 1777 de 2015, la vía ferroviaria de la que habla el Decreto 1802 de 2015 se comunica con los puertos públicos denominados Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta y Sociedad Portuaria de Puerto Nuevo, los cuales presentan dificultades técnicas estructurales que sólo podrían solucionarse a largo plazo, aspecto que hace imposible solventar la crisis empleando únicamente puertos de servicio público.

En ese marco, el Gobierno nacional acudió a las disposiciones legales que definen los servicios que pueden prestar los puertos de uso público y las sociedades portuarias privadas. Encontró que, de conformidad con los numerales 14, 15 y 24 del artículo 5º de la Ley 1ª de 1991 (Estatuto de Puertos Marítimos), los puertos privados solo pueden transportar carga de la sociedad portuaria concesionaria, o de las sociedades jurídica o económicamente vinculadas a esta. Es decir, tienen prohibido transportar cargas de terceros. Además, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1079 de 2015, las sociedades concesionarias pueden cambiar de naturaleza, pero este trámite no puede ser iniciado por las autoridades, sino a petición de parte, y tiene una duración aproximada de cuatro meses. Por otra parte, mientras que, según el artículo 19 de la Ley 1ª de 1991, las tarifas por el uso de los puertos públicos son reguladas por el Estado, mientras que las que se aplican a los puertos de servicio privado son fijadas libremente por las concesionarias del puerto. Finalmente, de conformidad con los artículos 5.2 y 7º del Estatuto de Puertos

Marítimos, en virtud del contrato de concesión portuaria, las sociedades portuarias públicas y privadas deben pagar una contraprestación económica a favor de la Nación y de los municipios o distintos donde operen los puertos, que hace parte de los costos y gastos de la operación portuaria, los cuales se recuperan con la tarifa que cobran los concesionarios por el uso de los puertos de servicio público.

En concepto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, esas condiciones y las dificultades técnicas y logísticas para el acceso a los puertos conectados a la vía ferroviaria a la que se refiere el Decreto 1802 de 2015, las limitaciones previstas en la ley 1ª de 1991 para que los puertos privados movilicen la carga de terceros, llevaron al Gobierno a “concluir que era necesario autorizar la movilización de carbón (...) a través de los puertos carboneros privados del Costa Caribe, mientras permanezca cerrada la frontera (...)”.

Además, para evitar prácticas destinadas a generar competencia desleal o prácticas restrictivas de la libre competencia, era necesario autorizar la participación de los puertos privados, bajo el mismo régimen tarifario de los puertos públicos. Añade que “para disminuir las tarifas por el uso de los puertos públicos y privados que deberán pagar los productores del carbón que se extrae en municipios cobijados por el Decreto 1770 de 2015, y como quiera que dichas tarifas deben remunerar los costos y gastos típicos de la operación portuaria, entre los (...) que se encuentra la contraprestación establecida en el numeral 2 del artículo 5 y el artículo 7 de la ley 1ª de 1991, se requiere que los volúmenes de carga de este mineral sean tenidos en cuenta para liquidar la contraprestación que los puertos deben cancelar a la Nación y a los entes territoriales en virtud de los contratos de concesión portuaria”. En ese marco, afirma que el decreto satisface los requisitos de conexidad y finalidad.

(ii) Juicio de necesidad.

En el Decreto 1777 de 2015 se exponen las razones sociales, económicas, técnicas y jurídicas por las cuales el Gobierno adoptó tres medidas en relación con los puertos marítimos de servicio público y privado. Estas medidas, se integran a las adoptadas a través del Decreto 1802 de 2015.

En esta última normativa se adoptó por una opción bimodal de transporte del carbón

(carretero-tren) que, como consecuencia de la decisión tomada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, permaneció sin comercialización en varios de los Municipios del Departamento de Norte de Santander cubiertos por la declaratoria de emergencia. Para tomar la decisión de acudir a los referidos medios de transporte, y no a otros unitarios (carretero) o bimodales (carretero- fluvial), se tuvo en cuenta el consumo de combustible mensual, los gastos de comercialización, la eficiencia y el impacto medio-ambiental[2], asegurando en el máximo nivel posible el grado de competitividad existente antes del cierre fronterizo.

Ahora bien, una vez decidido que el transporte del carbón del Departamento de Norte de Santander al Mar Caribe se haría acudiendo en la segunda fase a la Red Férrea del Atlántico, el Decreto que ahora es objeto de revisión se ocupa de regular aspectos relacionados con los puertos a través de los cuales se comercializará el carbón proveniente de las zonas afectadas por el cierre fronterizo. En tal sentido, se tuvo en cuenta que la red férrea se comunica con los puertos públicos sociedad Portuaria Puerto Nuevo SA y Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta.

Estos dos puertos, continuó la interviniente, presentan problemas técnicos que solo pueden solucionarse a largo plazo. Así, frente al Puerto Nuevo, la operación a cargo del concesionario grupo Prodeco se encuentra focalizada en las minas de Calenturitas y La Jagua. En cuanto al Puerto de la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta, la información técnica disponible permite establecer que no cuenta con la infraestructura necesaria para recibir un tren de 105 vagones y 1.750 metros de longitud, que es la magnitud del equipo requerido para la movilización del carbón represado en los municipios amparados por el Decreto 1770 de 2015. En caso de utilizarse este puerto, se tendría que fraccionar el tren en tres o cuatro partes, prolongando el proceso de descargue por casi 10 horas, lo que no es viable por razones financieras y logísticas. Además, la vía férrea que comunica con este puerto atraviesa zonas densamente pobladas, con varios pasos a nivel que poseen un alto tráfico vehicular y peatonal, lo que genera altos riesgos de accidentalidad.

Los otros puertos públicos ubicados en la costa del caribe colombiano no se encuentran en la vía férrea referida en el Decreto 1802 de 2015, por lo que el Gobierno consideró indispensable que el carbón producido en esos municipios se movilice a través de los

puertos de servicio privado conectados con la Red Férrea del Atlántico.

El Gobierno revisó las disposiciones legales que regulan los servicios y encontró que, de acuerdo con la Ley 1ª de 1991 (Artículo 5º, numeral 14), los puertos marítimos de servicio privado solo prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura y, de acuerdo con el numeral 24 del mismo artículo, tal vinculación se refiere a la relación que existe entre una sociedad matriz y su filial o subordinada. Por ese motivo, el artículo 1º del Decreto 1977 de 2015 elimina una barrera legal para que los puertos de servicio privado transporten carga de terceros (empresas sin vinculación económica ni jurídica).

De otra parte, aunque la legislación permite modificar las condiciones de una concesión (artículo 17 de la Ley 1ª de 1991), ese cambio solo procede si no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si la modificación no se opone a los propósitos de competencia en que se inspira el EPM.

Para lograr esa transformación, la sociedad portuaria interesada debe adelantar el procedimiento previsto en el artículo 2.2.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte. Ese procedimiento, sin embargo, toma un tiempo aproximado de cuatro meses, el cual resulta excesivo al momento de buscar una solución inmediata a la crisis generada por el cierre de la frontera con Venezuela. Esa modificación, finalmente, debe hacerse a solicitud de parte. Todo lo expuesto explica la necesidad jurídica del artículo 1º del decreto objeto de control.

Por otra parte, el artículo 2º del Decreto 1977 de 2015 establece que las tarifas por el uso de las instalaciones de los puertos privados, derivadas de la movilización de carbón proveniente de los municipios de Norte de Santander se sujetarán a lo dispuesto para los puertos de servicio público. De conformidad con los artículos 19 y 27.6, la Superintendencia de Puertos y Transporte es la competente para establecer y revisar, de conformidad con los planes de expansión portuaria aprobados por el Conpes, fórmulas para el cálculo de tarifas en las sociedades portuarias que operan puertos de servicio público.

Los aspectos generales de esa metodología se encuentran en el artículo 14 de la Resolución 723 de 1993, regulación que contrasta con la de los puertos de servicio privado, ámbito en el que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 1ª de 1991, las sociedades portuarias pueden

fijar libremente sus tarifas, manteniendo a la Superintendencia informada de ello.

Por eso, “con la finalidad de evitar toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal entre los puertos de servicio público y los de servicio o privado”, el gobierno dispuso que las tarifas de uso de las instalaciones privadas se sujeten a lo dispuesto en los puertos de servicio público.

Así, afirma la Secretaria Jurídica de Presidencia, se garantiza la sana competencia y se permite a los productores, comercializadores y exportadores de carbón de los municipios afectados que se benefician por la medida adoptada por la Superintendencia de Puertos y Transporte en la circular externa 038 de 1º de septiembre de 2015, en el sentido de efectuar un cobro inferior de la tarifa de uso de instalaciones portuarias registradas en esa entidad “siempre y cuando la tarifa acordada no sea inferior a los costos de operación del respectivo Puerto y solo para el carbón que se produce en el municipio de Norte de Santander”.

El sometimiento de los puertos de servicio privado al régimen tarifario de los de servicio público pretende que los carboneros de Norte de Santander se beneficien de tarifas inferiores y que las pérdidas económicas causadas por las restricciones de acceso a los puertos de Maracaibo y La Ceiba sean menores.

(iii) Juicio de proporcionalidad.

a. La medida cumple una finalidad constitucional, que consiste en evitar el daño que actualmente enfrentan veintiocho mil trabajadores que prestan sus servicios de manera directa e indirecta en el sector del carbón, en el departamento de Norte de Santander, quienes pueden perder su empleo ante la imposibilidad de exportación de mineral, así como los riesgos financieros que comporta el cierre de la frontera para las actividades de explotación y comercialización del mineral. La medida busca satisfacer los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna de esos trabajadores.

b. La medida es adecuada e idónea, pues pretende que el carbón represado, que se produce en los municipios cobijados por la declaratoria de emergencia sea transportado hacia el Mar Caribe, en armonía con el Decreto 1802 de 2015 que optó por movilizar el carbón de esos municipios por vía férrea, considerando que es el medio más adecuado, de

menores costos económicos y ecológicos.

Pero, afirma la interviniente, de poco serviría transportar el carbón por la vía Férrea del Atlántico, si no puede ser posteriormente exportado eficientemente a través de los puertos marítimos disponibles. Por ello, el Decreto 1977 de 2015 completa el corredor logístico, al habilitar los puertos de servicio privado del Caribe colombiano. De ahí la urgencia de remover las barreras legales que prohíben este tipo de operación a los puertos de servicio privado.

Esa medida, sin embargo, podría resultar inconveniente o insuficiente si no se garantiza el sometimiento de los puertos de servicio privado al régimen tarifario de los puertos públicos pues, de no ser así, podrían incentivarse prácticas de competencia desleal, lo que explica el artículo 2º del Decreto objeto de estudio.

c. La medida tiene la finalidad directa y específica de conjurar las causas de la emergencia, pues los productores de carbón del Norte de Santander enfrentan pérdidas que ascienden a US\$ 175.000 por cada día de cierre de la frontera, situación que si no se corrige puede afectar a más de 28000 personas, que trabajan en el sector. Bajo esas condiciones, el eventual despido de trabajadores del sector minero podría generar más presión sobre el mercado laboral del departamento y haría que las medidas adoptadas por el Gobierno para dinamizar la oferta laboral se tornen insuficientes.

Los beneficios económicos y ecológicos que produce la aplicación del decreto son significativos. Este busca garantizar que el carbón que se produzca en Norte de Santander sea movilizado hasta los puertos públicos y privados del mar caribe para su exportación en las condiciones de eficiencia y competitividad que existían antes del cierre de la frontera. La disminución de las tarifas en los puertos permitirá también la reactivación del sector y aliviará en alguna medida las pérdidas económicas generadas por el cierre de la frontera.

Las tres medidas adoptadas en el Decreto objeto de control se limitan a permitir el transporte de carbón represado producido en los municipios del norte de Santander cobijados por el Decreto 1770 de 2015. Es decir, las normas solo cobijan las actividades de los puertos públicos y privados cuya finalidad sea evacuar el mineral, mientras permanezca cerrada la frontera y por el término en que se prolonguen sus efectos[3].

2. DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Vista Fiscal, mediante concepto No. 6004, radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 10 de noviembre de 2015, solicitó a la Corporación declarar exequible el Decreto Legislativo 1977 de 2015. Las razones que sustentan su solicitud se exponen a continuación:

La Procuraduría inicia su intervención con una aclaración preliminar, donde advierte que en conceptos anteriores solicitó a la Corte declarar exequible el Decreto 1770 del 07 de septiembre de 2015 “Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica en parte del territorio nacional” al igual que la exequibilidad del Decreto 1802 de 2015, en el que se autorizó el tráfico férreo en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona bananera, aunque con algunos condicionamientos.

En relación con la constitucionalidad del Decreto 1977 de 2015, el Jefe del Ministerio Público procede en primer lugar, a efectuar un análisis formal para, posteriormente, revisar su aspecto material, es decir, su contenido normativo.

Desde el punto de vista material, la Procuraduría desarrolla concepto de constitucionalidad con base en los lineamientos generales fijados en el artículo 215 Superior: en primer lugar, manifiesta que la materia que regula el Decreto 1977 de 2015 tiene una relación directa y específica con el estado de emergencia que el Gobierno Nacional declaró mediante el Decreto 1770 de 2015, pues se trata de una medida que busca permitir la movilización de carbón que se produzca en los municipios cobijados por la emergencia declarada, a través de los puertos carboneros privados del sector Caribe, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela.

En segundo lugar, sostiene que la norma revisada está destinada exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos en relación con el estado de emergencia decretado, en lo que tiene que ver con el transporte de carbón que no ha podido ser transportado a través de los puertos venezolanos, debido al cierre de la frontera.

En tercer lugar, afirma que las medidas tomadas por el Gobierno Nacional tienden a otorgar una respuesta a la necesidad de encontrar vías y medios de transporte del carbón proveniente de Norte de Santander, distintos a los puertos venezolanos, de tal manera que

se evite el represamiento del carbón con el correspondiente efecto social y económico que esto implicaría.

Con base en los anteriores fundamentos, el Jefe del Ministerio Público concluye que el Decreto 1977 de 2015, considerado de manera integral, cumplen los parámetros de constitucionalidad definidos por la jurisprudencia de la Corte.

Posteriormente, la Procuraduría examina el contenido de cada una de las disposiciones del Decreto objeto de revisión y considera que las medidas adoptadas por el mismo son necesarias, debido a que i) la utilización de puertos privados para la movilización de carbón que se produce en los municipios cobijados por el estado de emergencia declarado es la única alternativa viable para asegurar el transporte de carbón proveniente de Norte de Santander, teniendo en cuenta las deficiencias técnicas de los puertos públicos que no pueden ser solucionadas inmediatamente, y que estos representan únicamente el 39% de la capacidad portuaria del país, no siendo suficiente para conjurar la crisis actual; ii) se requería de una habilitación legal para que los carboneros de Norte de Santander pudieran usar la infraestructura de los puertos privados.

También considera que las medidas son proporcionales, toda vez que i) está limitada temporalmente por la reapertura de la frontera con Venezuela y la terminación de los efectos de su cierre; ii) el Decreto revisado establece que las tarifas por el uso de las instalaciones de los puertos privados se sujetarán a la regulación prevista para los puertos del servicio público, además establece unas condiciones en cuanto a las contraprestaciones de los puertos privados que se derivan de la proporcionalidad de las medidas excepcionales adoptadas.

En síntesis, la vista fiscal encuentra que el Decreto 1977 de 2015 es constitucional, debido a que sus medidas “i) son proporcionales, puesto que están limitadas en su vigencia y la regulación de las tarifas y contraprestaciones evita que se incurra en una limitación de las empresas privadas que sea desproporcionada; ii) guardan relación con los hechos que generaron la crisis, es acorde a la gravedad y características de estos; iii) están limitadas a conjurar la crisis que justificó la declaratoria del estado de excepción, (...) iv) respetan la intangibilidad de los derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos ni siquiera en estado de excepción”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir en forma definitiva sobre la constitucionalidad del Decreto 1977 de 6 de octubre de 2015, sometido a revisión automática, de conformidad con lo señalado por los artículos 214.6, 215 (parágrafo) y 241.7 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 55 de la Ley 137 de 1994 y 36 del Decreto 2067 de 1991.

IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

2. Reglas generales para el control de constitucionalidad de los decretos legislativos dictados en desarrollo de un estado de emergencia económica.

En esos pronunciamientos, ha asumido también la interpretación de las normas constitucionales que establecen la naturaleza del control automático que debe ejercer la Corte Constitucional frente a este tipo de normas, y ha definido un conjunto de subreglas, concebidas como juicios sucesivos y complementarios para evaluar la conformidad de estos decretos con la Constitución Política.

El control de los decretos legislativos se caracteriza por ser especialmente exigente, pues las subreglas pertinentes se han definido en torno a la consideración de que el régimen constitucional permite la restricción temporal, razonable y proporcionada de ciertas normas de la constitución política, referentes al reparto de competencias entre los órganos y ramas que ejercen el poder público, e incluso de los derechos fundamentales, pero únicamente bajo circunstancias extraordinarias, de particular gravedad para la vigencia del mismo orden constitucional, y con el propósito exclusivo de superarlas.

En ese sentido, las condiciones que la Constitución (entiéndase la Carta Política, los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria de Estados de Excepción) han definido para su desarrollo a través de decretos legislativos son la demostración plena acerca de que, aunque en estas situaciones es necesario conferirle al Gobierno facultades especiales y márgenes amplios de valoración de los

medios para conjurar la emergencia, todas sus decisiones deben ubicarse dentro de los cauces claramente definidos para evitar una limitaciones injustificadas a los principios constitucionales comprometidos en la declaratoria de excepción.

Consecuencia de lo expuesto, los estados de excepción excluyen de plano las medidas arbitrarias, discriminatorias, y aquellas que no se ajusten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese orden de ideas, el núcleo del ejercicio valorativo que realiza la Corte al controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos se encuentra en que las medidas de excepción se relacionen directamente con los hechos que originan la grave situación que debe conjurarse; que sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar y en relación con los principios eventualmente restringidos, y que se encuentren plenamente justificadas por el Gobierno, en el sentido de que exista una explicación detallada acerca de la insuficiencia del régimen ordinario para enfrentar la crisis. A continuación, se reitera la jurisprudencia relevante, tomando como base la sistematización efectuada en la providencia C-225 de 2009 (MP Clara Elena Reales)[4].

En primer término, se encuentran los requisitos formales, expresamente establecidos en la Constitución y la LEEE para la expedición de este tipo de decretos: (i) que sean suscritos por el Presidente y todos los ministros del gabinete; (ii) que se promulguen dentro del término del estado de emergencia correspondiente; (iii) que se publiquen en el Diario Oficial, y (iv) que sean remitidos a la Corte Constitucional por el Presidente de la República al día siguiente de su promulgación, para el ejercicio del control de constitucionalidad de manera automática.

En cuanto a los requisitos de fondo, el precedente que se reitera, comenzó por señalar que la utilización de los poderes excepcionales que los artículos 212 a 215 confieren al Gobierno Nacional solo puede considerarse válida y legítima “dentro del respeto a los principios del constitucionalismo”, y añadió que esos límites se encuentran en (i) el texto superior, (ii) La ley estatutaria de los estados de excepción (en adelante, LEEE) y (iii) los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Carta Política. Posteriormente, explicó las distintas etapas o el conjunto de juicios que le corresponde adelantar a este Tribunal para determinar la validez de las medidas de

excepción:

2.1. Juicio de conexidad material: consiste en establecer si las medidas objeto de juzgamiento se refieren a la misma materia que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción (artículo 215 CP y LEEE). La conexidad se define desde dos perspectivas distintas: primero, “las medidas han de estar dirigidas exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Su objetivo debe ser únicamente el de superar la emergencia” y, segundo, deben tener “relación directa y específica con los temas de qué trata la crisis que se intenta afrontar. No son aceptables las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia de causalidad inmediata [...] y concreta con el asunto por el cual se declaró la emergencia”.

2.2. Juicio de ausencia de arbitrariedad, de acuerdo con el cual no son válidas aquellas medidas que desconozcan alguna de las prohibiciones expresamente establecidas por el bloque de constitucionalidad (es decir, la Constitución Política, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia) para el ejercicio de facultades excepcionales.

2.3. Juicio de intangibilidad, en el cual debe verificarse que la medida respete el núcleo esencial de los derechos intangibles, según el bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el conjunto de requisitos que deben cumplirse para satisfacer los juicios descritos en los considerandos 2.1 a 2.4 se refieren exclusivamente a “violaciones groseras de la Constitución”. Además de ello, el ejercicio de las facultades legislativas excepcionales debe ceñirse a los artículos 8, y 10 a 14 de la LEEE, y su conformidad con la Carta debe evaluarse con base en los siguientes elementos de análisis:

2.5. Juicio de finalidad, que se centra en establecer si cada una de las medidas está “directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos” (artículo 10 de la Ley 134 de 1994).

2.6. Juicio de motivación suficiente, “dirigido a constatar que el gobierno haya apreciado los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales y [haya expresado] razones suficientes para justificar tales limitaciones (artículo 8º de la Ley 134 de 1994)”.

2.7. Juicio de necesidad, aspecto esencial del análisis y de particular complejidad normativa. De acuerdo con este examen, las medidas deben ser necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (artículo 11 de la Ley 137 de 1994).

De esta definición inicial se desprenden dos estadios de análisis independientes dirigidos a establecer si el Presidente de la República “incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida”. Primero, un “juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas [...] son necesarias para superar las causas de la crisis [...] o impedir la extensión de sus efectos”; segundo, “el juicio de necesidad jurídica o de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas [...] son idóneas para enfrentar la situación excepcional”.

2.8. Juicio de incompatibilidad, en el que el Tribunal analiza si el gobierno expresó las razones por las cuales las normas ordinarias suspendidas con ocasión del decreto resultan “incompatibles con el correspondiente estado de excepción” (artículo 12 de la Ley 137 de 1994).

2.9. Juicio de proporcionalidad, que se traduce en un balance acerca de la correspondencia entre las medidas adoptadas, su fuerza para conjurar la emergencia y sus consecuencias frente a los principios constitucionales.

Como lo explicó la Corte en el precedente que se reitera (C-225 de 2009), “las medidas [adoptadas en desarrollo del estado de emergencia] han de guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar y las limitaciones que se impongan al ejercicio de los derechos y libertades”, y tales decisiones solo serán admisibles “en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad”.

Así las cosas, el análisis de proporcionalidad se desarrolla en dos pasos. En el primero se efectúa una evaluación acerca de la relación entre los costos de la medida en términos de limitaciones a intereses constitucionales y, segundo, se verifica que no se trate de una restricción innecesaria de los derechos, ante la existencia de alternativas menos lesivas de estos y, a la vez, de igual o mayor efectividad que la asumida por el Gobierno Nacional.

2.10. Juicio de no discriminación, el que la Corte verifica que la medida no imponga tratos

diferenciales injustificados entre las personas, especialmente, por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica, y otros criterios sospechosos, definidos en la jurisprudencia constitucional o el derecho internacional (por ejemplo, por razones de sexo u orientación sexual).

3. Finalmente, es importante resaltar que una medida adoptada al amparo de un estado de excepción sólo se ajusta a la Constitución Política si satisface todos y cada uno de los requisitos mencionados; es decir, si supera cada uno de los diez criterios mencionados, no es necesario que continúe el análisis, sino que puede proceder a declarar la inexecutable de la medida.

V. ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1770 DE 2015

El Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por Decreto 1770 de 2015, y la medida objeto de control, establecida por Decreto 1777 de 2015.

4. El 7 de septiembre de 2015, por Decreto 1770 de 2015 (en adelante, el Decreto declaratorio) el Gobierno Nacional decidió declarar el Estado de emergencia social, económica y cultural, considerando que las medidas adoptadas por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de expulsar de ese país, repatriar o deportar a Colombia a un amplio número de personas de nacionalidad colombiana que residían en Venezuela, disponer el cierre de las fronteras y limitar la circulación de bienes entre ambos países generaron una intensa afectación en los derechos humanos de las personas directamente concernidas, así como graves consecuencias económicas y sociales para el país.

5. En ese sentido, en la motivación del decreto declaratorio, el Gobierno hizo referencia al número de colombianos que fueron expulsados del vecino país y a la forma en que se llevó a cabo esa medida. Como fundamento de las premisas fácticas de la declaratoria de emergencia, el Ejecutivo se refirió a los informes publicados en distintos medios de comunicación que daban cuenta de la grave crisis humanitaria, al texto de las normas de excepción dictadas por las autoridades venezolanas, y a lo expresado por diversos órganos de protección de derechos humanos.

6. En ese contexto, señaló que la situación ha generado lesiones graves en derechos

individuales tales como la libertad de circulación, la personalidad jurídica, el mínimo vital, el derecho al trabajo o la libertad de empresa. De igual manera, puntualizó que ese estado de cosas afecta el comercio entre los dos países.

7. El Decreto declaratorio estableció también el ámbito territorial de aplicación de las medidas de emergencia, al señalar que esta cubre, principalmente, a los municipios ubicados en la frontera entre Colombia y Venezuela, en los departamentos de La Guajira, El Cesar, Norte de Santander, Boyacá, Arauca, Vichada y Guainía; y previó la adopción de medidas en los siguientes frentes: a. Reintegración familiar; b. Atención social; c. Mercado laboral; d. Situación militar; e. Comercio e industria; f. Transporte de carbón; g. Convenios interadministrativos y contratación directa.

Como puede verse, los literales e) y f) de esa exposición se refieren a la afectación o al impacto del cierre de las fronteras en materia comercial, y a las dificultades para el transporte del carbón.

8. El Decreto 1770 de 2015, declaratorio del estado de emergencia económica, social y cultural por el cierre de las fronteras y la expulsión de colombianos del territorio venezolano fue declarado exequible por la Corte Constitucional, por sentencia C-670 de 2015[5], cuyos argumentos centrales se reiteran a continuación:

Según se consigna en la motivación del Decreto 1770 de 2015, el supuesto fáctico de la declaración del estado de emergencia consiste en tres grupos principales de hechos ocurridos a partir del mes de agosto del año en curso:

(a) La adopción de una serie de medidas jurídicas por parte del Gobierno de Venezuela, invocando la realización de una operación de preservación de la legalidad y el orden público en dicho país, emprendida bajo la vigencia de un estado de excepción constitucional. Estas medidas consistieron principalmente en la adopción del Decreto No. 1.950 de 2015, que declaró el estado de excepción en varios municipios fronterizos, y de los Decretos Nos. 1.969 y 1.989, que ampliaron dicho estado de excepción a otros municipios a lo largo de la frontera con Colombia.

(b) La implementación o ejecución efectiva de las atribuciones dadas a las autoridades venezolanas por los Decretos recién referidos, que se tradujo en numerosos casos de

expulsión, deportación o repatriación, de los cuales fueron objeto cientos de personas de nacionalidad colombiana que estaban presentes en territorio venezolano.

(c) Como consecuencia de ello, el retorno masivo de miles de personas de nacionalidad colombiana al territorio nacional, provenientes de Venezuela, en distintas condiciones jurídicas - como deportados, expulsados, repatriados, o simplemente retornados [...]

La Corte Constitucional considera que estos tres grupos de hechos son, todos ellos, de naturaleza pública y notoria, según se ha confirmado más allá de toda duda con el despliegue detallado que los medios de comunicación les han dado[6] [...]

4.1.2. Juicio de identidad de los hechos invocados

En criterio de la Corte, el Presidente de la República obró razonablemente dentro del margen de apreciación que le es propio cuando encuadró los hechos recién descritos dentro de aquellos que dan lugar a la declaratoria de un estado de emergencia económica, social y ecológica bajo el artículo 215 Superior. || En efecto, no se trata de una situación de guerra exterior con la República de Venezuela, por lo cual no sería aplicable el artículo 213 de la Carta. || Por otra parte, aunque la llegada masiva de miles de colombianos procedentes de Venezuela ha generado serias afectaciones a las condiciones económicas y sociales de los municipios receptores, además de las circunstancias propias de una crisis humanitaria severa, afectando así el orden social, ello no ha adquirido un nivel de especificidad suficiente en tanto amenaza al orden público como para que se justifique la declaratoria de un estado de conmoción interior, puesto que no se ha demostrado que el arribo de estas personas se erija en un riesgo para la seguridad pública o la convivencia ciudadana de las ciudades y poblaciones a las que llegaron [...]

4.1.3. Juicio de sobrevinencia de los hechos invocados

Para la Corte, salta a la vista que los hechos que han motivado la declaratoria de este estado de emergencia constituyen un ejemplo prototípico de circunstancias sobrevinientes, imprevistas y anormales, carentes de cualquier precedente en la historia de las relaciones binacionales y, por lo mismo, imposibles de predecir o pronosticar. || En efecto, la adopción de los Decretos 1.950, 1.969 y 1.989 de 2015 por el Gobierno Venezolano, y la implementación de los mismos a través de los actos de expulsión, deportación, y

repatriación de ciudadanos colombianos residentes en Venezuela y sus consecuencias [...] fueron claramente imprevisibles, anormales y extraordinarias [...]

4.2.1. Juicio de gravedad de la afectación

La Sala Plena considera evidente que las violaciones de los derechos humanos de los colombianos que debieron retornar forzosamente a Colombia fueron profundas y comprehensivas, y en esa medida fueron muy graves, en sí mismas y en sus consecuencias sobre la existencia de miles de personas en situación de vulnerabilidad acentuada. Por lo tanto, en sí misma considerada, esta situación es de la mayor gravedad [...]

4.2.2. Juicio de necesidad de las medidas extraordinarias

El Gobierno Nacional ha acreditado satisfactoriamente ante esta Corporación que, por la magnitud y gravedad de la crisis humanitaria resultante de esta situación, las atribuciones ordinarias de las autoridades nacionales, departamentales y municipales de la zona de frontera han resultado insuficientes, y por lo mismo se han hecho necesarias medidas extraordinarias en diversos ámbitos de la atención debida a estos colombianos [...]

En términos más concretos, la Presidencia de la República ha indicado una serie de aspectos en los cuales existen impedimentos u obstáculos legales para la debida atención que necesitan ser superados mediante medidas de rango legislativo, que habrán de ser adoptadas en los decretos legislativos de desarrollo correspondientes. En esta línea, el Gobierno explicó que “el tamaño de la crisis, la extensión de sus efectos, las implicaciones económicas y sociales de la migración masiva, etc., son circunstancias que requieren la adopción de medidas de impacto general mucho más profundas que las que podrían adoptarse en desarrollo de la facultad reglamentaria o en despliegue de las funciones regulares administrativas”; y señaló los siguientes ámbitos específicos de acción legislativa requerida con urgencia: [en lo relevante para este trámite, consideró el Gobierno Nacional la necesidad de] (v) levantar restricciones legales al transporte de carbón, que ha sido profundamente cercenado por las medidas adoptadas en Venezuela, ya que normalmente la mayor parte de la producción carbonífera de la zona fronteriza se ha exportado a través de puertos venezolanos en el lago de Maracaibo y éstos fueron cerrados al carbón colombiano; entre otras medidas que son necesarias con urgencia para responder a la situación [...]

4.2.3. [Acatamiento] de otras prohibiciones constitucionales

Constata la Corte que con el decreto declaratorio bajo revisión no se ha incurrido en suspensión de los derechos humanos, ni se ha limitado ningún derecho que no sea susceptible de ello durante la vigencia de un estado de excepción. Antes bien, la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica es una medida que se orienta a garantizar los derechos humanos de miles de personas que han sido afectadas por los actos arbitrarios y violentos de las autoridades venezolanas [...]”.

Los aspectos transcritos del Decreto 1770 de 2015 y las conclusiones de la Corte Constitucional acerca de su conformidad con la Carta Política sirven de contexto para una comprensión adecuada del Decreto objeto de control (1977 de 2015, o decreto habilitante de puertos privados). A continuación se sintetiza su motivación, y se explican las medidas concretas adoptadas por el Gobierno nacional en las normas objeto de control.

9. En cuanto a la motivación en el Decreto 1977 de 2015, el gobierno expuso las siguientes premisas justificatorias:

(i) Un conjunto de municipios del Norte de Santander produce la mayor cantidad de carbón que Colombia transporta o comercializa hacia Venezuela. Concretamente, cuatro municipios, amparados por el decreto declaratorio, producen más del 80% del carbón que se exporta al vecino país;

(ii) Antes de la situación de emergencia, el transporte de carbón desde el Norte de Santander hacia Venezuela se realizaba a través de los puertos ubicados en Maracaibo y La Ceiba, (en territorio venezolano). A raíz del cierre de fronteras es imposible transportar el carbón por vía terrestre del Norte de Santander a los puertos mencionados.

(iv) Dada la imposibilidad de transportar el carbón a través de Maracaibo y La Ceiba, la movilización debe efectuarse desde los municipios afectados hacia puertos del caribe colombiano para que, desde estos lugares, sea transportado por vía marítima a Venezuela.

Lo expuesto puede considerarse el fundamento fáctico de la medida. En cuanto a los elementos jurídicos que el Ejecutivo tomó en consideración para establecer las medidas

aplicables, pueden indicarse las siguientes:

(v) Dada la necesidad de movilizar la mayor cantidad posible de carbón desde los municipios del Norte de Santander afectados por la emergencia, mediante el Decreto 1802 de 2015, el Gobierno adoptó medidas para habilitar la vía férrea del caribe, que conecta estos municipios con los puertos de la Sociedad Portuaria del Colón y la Sociedad Portuaria de Santa Marta, todos los días, las 24 horas del día[7].

(vi) Los puertos de Santa Marta y Colón presentan problemas de infraestructura serios para superar la crisis, si se pretende transportar el carbón exclusivamente a través de estos, pues no están en capacidad o no cuentan con la infraestructura para recibir y descargar los trenes que transportarían tal volumen del mineral desde el Norte de Santander, con la eficiencia requerida.

(vii) De acuerdo con el Estatuto de Puertos Marítimos y las normas concordantes, los puertos de servicio privado tienen prohibido transportar mercancías de terceros; solo están habilitados para transportar aquellas provenientes de las personas con quienes mantienen vínculos jurídicos o económicos.

(viii) Aunque la naturaleza de las concesiones puede modificarse, esta posibilidad depende de la voluntad del interesado (no del Estado), y su concreción toma aproximadamente cuatro meses, de acuerdo con las normas que regulan la materia (Decreto 1079 de 2015. Artículo 2.2.3.3.5);

(ix) Existe una regulación distinta en materia tarifaria entre los puertos que prestan servicios públicos y los de servicio privado. En el primer caso, hay un marco regulatorio contenido en los documentos Conpes de expansión portuaria, y una definición expresa de las tarifas por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte. En el segundo, el concesionario es libre de fijar las tarifas del servicio, manteniendo informada a la Superintendencia.

Con base en esas premisas, el Gobierno Nacional decidió propiciar el traslado de carbón por vía bimodal (carretero-férrea) entre los municipios cobijados por las medidas de excepción y los puertos del caribe colombiano, medidas que esperaba satisfacer a través del Decreto 1802 de 2015[8] y, posteriormente, incorporar a los puertos privados a la movilización del

carbón, bajo las siguientes determinaciones:

(i) Habilitar los puertos privados para el transporte del carbón represado en los municipios del Norte de Santander cobijados por la declaratoria de emergencia, entre Colombia y Venezuela, durante el tiempo en que permanezca cerrada la frontera y hasta que perduren sus efectos; (ii) bajo el mismo esquema tarifario definido para los puertos públicos, y (iii) excluyendo del cobro de la contraprestación que los puertos (públicos y privados) deben pagar como contraprestación por la concesión portuaria, los volúmenes de carga de carbón provenientes de los municipios cobijados por estas medidas.

A continuación, la Sala aplicará el conjunto de subreglas de juzgamiento de los decretos legislativos a las medidas recién descritas.

Análisis de forma.

Para comenzar, la Sala observa que se encuentran acreditados los requisitos formales exigibles para la expedición de un decreto legislativo, en el marco de un estado de emergencia económica, social y ecológica. Así, el Decreto 1977 de 2015 fue dictado en desarrollo del Decreto 1770 de 2015 (decreto declaratorio de la excepción), durante el término de vigencia de este último (30 días calendario desde su expedición, el 7 de septiembre de 2015); la normativa fue suscrita por el Presidente de la República y los ministros del Gabinete. Aunque las ministras de relaciones exteriores y Cultura se hallaban ausentes, en comisión, el Decreto fue firmado por las viceministras encargadas de las respectivas carteras; el decreto objeto de control cuenta con una motivación explícita, como se acaba de explicar; y, el día siguiente a su expedición fue remitido a la Corte Constitucional por el Presidente de la República. En consecuencia, los requisitos formales se encuentran cumplidos.

Análisis de fondo de las medidas

Como se ha explicado, el estudio de validez constitucional de los decretos legislativos, en su faceta material o sustantiva, se desarrolla a través de un conjunto de juicios sucesivos, cada uno de los cuales debe hallarse satisfecho para que la medida pueda considerarse válida.

Un primer grupo de requisitos hace referencia a la ausencia de arbitrariedad y de errores de

apreciación groseros cometidos por parte del Ejecutivo, al momento de definir los medios para conjurar la crisis. Este examen inicial comprende los juicios de conexidad material (entre las medidas y la situación excepcional), ausencia de arbitrariedad (o respeto por las prohibiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad para los estados de excepción), intangibilidad (respeto por las garantías y derechos que no pueden ser intervenidos en los estados de excepción, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad[9]) y de no contradicción específica (que alude al respeto por las prohibiciones que las fuentes del bloque imponen a cada estado exceptivo, en atención a su naturaleza específica).

Un segundo conjunto de condiciones, definido en los artículos 8 y 10 a 14 de la LEEE, se relaciona con (i) las cargas argumentativas que debe asumir el Gobierno para alejarse de las medidas ordinarias; y (ii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad aplicables a toda restricción de los principios constitucionales.

Este segundo momento incluye los juicios de finalidad (que la medida esté directamente encaminada a conjurar las causas e impedir que se extiendan los efectos de la emergencia), motivación suficiente (carga argumentativa que debe asumir el Gobierno, explicando, en el contexto del estado de excepción, cualquier restricción a los derechos constitucionales), necesidad (necesidad fáctica, o la verificación de si es realmente necesaria la decisión legislativa para alcanzar los fines propuestos; y necesidad jurídica o subsidiariedad, que se refiere a la inexistencia o ausencia de idoneidad de medidas ordinarias para cumplir los fines del estado de excepción), incompatibilidad (carga argumentativa exigible al Gobierno cuando pretenda suspender leyes por considerarlas incompatibles con la excepcionalidad), y de proporcionalidad (que conjuga i. una interdicción de exceso, que se debe evaluar a partir de ii. el balance de costos constitucionales de la decisión a la luz de la gravedad de los hechos y iii. la constatación de que no existan medidas de excepción alternativas, igual o más efectivas para superar la situación, y menos lesivas de otros principios).

En el segundo grupo de condiciones puede parecer que se repiten elementos del análisis. Sin embargo, se trata de juicios en los que el control se intensifica de manera gradual. Así, en el juicio de finalidad el Tribunal constitucional se limita a verificar si la medida se orienta a la superación de la crisis, mientras que al adelantar el examen de necesidad evalúa si la decisión del Gobierno tiene la fuerza o la potencialidad de lograr esos fines (Necesidad "F") y si es posible concebir medios ordinarios para lograrlo (Necesidad "J"). El juicio de

motivación de incompatibilidad es un requisito especial para los decretos que suspenden leyes por considerarlas incompatibles con la excepción, pues una decisión que toca de manera tan intensa al principio democrático requiere una carga argumentativa calificada. El juicio de proporcionalidad, en el escenario de los estados de excepción tiene como propósito esencial evitar los excesos o las medidas que solo favorezcan marginalmente la superación de la crisis, pero afecten intensamente los principios constitucionales. Involucra entonces la ponderación de costos y beneficios (normativos) y la indagación acerca de si existen medidas de excepción menos lesivas de derechos.

En cualquier caso, para comprender la naturaleza del control constitucional de los decretos legislativos, es importante tomar en cuenta que los artículos 8º, y 10 a 14 de la LEEE, de los que se desprende el conjunto de juicios a los que se ha hecho referencia, no son más que la concreción legislativa de las limitaciones que el bloque de constitucionalidad y los principios de razonabilidad y proporcionalidad imponen al Gobierno en este escenario.

Finalmente, como se indicó, la constitucionalidad de un decreto legislativo depende del cumplimiento de todas y cada una de las etapas o juicios que debe adelantar el Tribunal, así que el incumplimiento de cualquiera de ellos hace innecesario continuar el análisis, y comporta la declaratoria de inexequibilidad de la medida.

En ese marco, pasa la Corte a efectuar el doble conjunto de análisis recién explicado.

Primera parte.

Cumplimiento de los requisitos de exclusión de arbitrariedad.

1. Juicio de conexidad material

El decreto legislativo 1977 de 2015 permite el transporte de carbón que se produce en un conjunto de municipios del Norte de Santander cobijados por la situación de emergencia por vía marítima a través de puertos privados, ordena que estos últimos perciban por este servicio la misma suma de dinero que reciben los puertos públicos y prescribe que, al momento de calcular la contraprestación que las sociedades portuarias deben pagar al Estado por concepto de la concesión, se excluyan los volúmenes transportados en ejecución

de estas medidas.

Al momento de declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica que desarrolla el Decreto 1777 de 2015 (objeto de control), a través del Decreto 1770 del 2015, el Gobierno mencionó que entre las consecuencias de las medidas de expulsión de colombianos y cierre de fronteras desplegadas por el gobierno venezolano, se encontraban el deterioro del comercio y las dificultades para el transporte del carbón hacia Venezuela desde los municipios del Norte de Santander cobijados por las medidas excepcionales.

La Corte Constitucional, al efectuar el control de constitucionalidad automático del Decreto declaratorio 1770 de 2015, por sentencia C-670 del mismo año, aceptó de manera general los fundamentos fácticos de la declaratoria y consideró que esas circunstancias sí dan cuenta de una situación de emergencia económica social y ecológica.

Como las medidas del Decreto 1777 de 2015 se dirigen a la movilización efectiva de carbón entre los municipios de Norte de Santander y Venezuela, problema contemplado en la declaratoria del Estado de excepción, puede concluirse que el decreto objeto de control satisface el juicio de conexión. Se relaciona con la situación de excepción, y con otras medidas adoptadas por el Gobierno para su superación.

Es importante señalar que el Decreto 1777 de 2015 fue concebido por el Gobierno Nacional como parte de un mecanismo complejo para el transporte del carbón entre el Norte de Santander y Venezuela, que comenzaba con el uso de la vía férrea las 24 horas del día (medida establecida en el Decreto 1802 de 2015) y culmina con la habilitación de los puertos de servicio privado para ese fin (decisión prevista en el Decreto 1777 de 2015). Ello podría llevar a pensar que, como el primer decreto (1802 de 2015) fue declarado inexecutable, el Decreto 1777 de 2015 podría correr la misma suerte.

En concepto de la Corte, esa posibilidad no es una necesidad lógica, ni un argumento lo suficientemente fuerte para descartar la validez constitucional de la norma objeto de control. Si bien el Gobierno pensó en estas medidas como complementarias, cada una de ellas tiene autonomía e involucra un balance de principios constitucionales diferente. Así, aunque no sea posible para el Gobierno el uso de la vía férrea las 24 horas del día, ello no implica que la decisión de la Corte le prohíba el uso de puertos de uso privado, una vez el Ejecutivo defina otro mecanismo para hacer llegar el carbón a los puertos del caribe, si así

lo considera pertinente.

2. Juicio de ausencia de arbitrariedad.

Se configura una situación de arbitrariedad cuando el Gobierno Nacional, en el marco de un estado de excepción, dicta medidas que exceden límites expresamente trazados por la CP, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción[10] y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[11] Se refiere a la prohibición de afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales y a que la excepción se desarrolle dentro de los cauces institucionales.

Si bien el decreto objeto de estudio adopta medidas que son contrarias a determinados artículos de la Ley 1ª de 1991 o Estatuto de Puertos Marítimos, y en alguna forma interviene el principio de autonomía de la voluntad al imponerle a los puertos de servicio privado que transporten carbón bajo las tarifas de las sociedades portuarias que manejan puertos de servicio público, no se encuentran razones para suponer que se atenta contra el núcleo esencial de este derecho, ni una alteración definitiva del régimen constitucional y legal que regula las materias portuarias.

Sobre estas afirmaciones, vale señalar que si bien la norma prevé la habilitación para que los puertos privados transporten carbón entre Colombia y Venezuela, dada la incapacidad estructural de los puertos de servicio público para solucionar la emergencia, no les prohíbe continuar con el normal ejercicio de sus negocios y, en cambio, sí prevé salvaguardas de sus intereses, dado que establece las tarifas que deberán pagar, bajo un esquema definido por el Estado, pero diseñado para no generar pérdidas en la operación.

Ahora bien, si la restricción a la autonomía a la que se viene haciendo referencia es excesiva o no, es un aspecto que debe analizarse exclusivamente al momento de adelantar el juicio de proporcionalidad, dado que en este estadio del control, solo pierden validez aquellas medidas que de forma grosera desconozcan los límites constitucionales descritos.

3. Juicio de intangibilidad.

Como se explicó, en este estudio se debe establecer si la norma objeto de control afecta el núcleo esencial de derechos intangibles en Estados de excepción. Esos derechos son, de

acuerdo con el artículo 4º de la LEEE, los siguientes:

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

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

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

Según se ha indicado, este listado debe considerarse como una enumeración ilustrativa o como una aproximación inicial a cuáles son derechos y garantías intangibles. La lista posee relevancia dado que fue establecida por el Legislador estatutario, presumiblemente, a partir de experiencias históricas del derecho internacional, en las que bajo regímenes de excepción se afectó, principalmente, la libertad, la vida y la integridad física de las personas. Pero ello no significa que no pueda surgir la necesidad de incluir otros derechos y garantías, en otros escenarios, como las emergencias económicas, sociales y culturales. Para el caso concreto, dado que la medida no parece generar una afectación alarmante de uno o varios derechos, el listado resulta apropiado para el análisis que corresponde efectuar

a este Tribunal.

Las medidas adoptadas a través del decreto 1977 de 2015 (habilitante de puertos privados) también superan este examen, pues no tocan ni interfieren el ejercicio de ninguno de los derechos mencionados en el artículo 4º de la LEEE. En efecto, aunque se ha aceptado que podrían tener alguna incidencia en la autonomía de la voluntad, dentro del ámbito negocial, no se trata en cambio de normas que generen restricciones al conjunto de libertades y mecanismos de protección intangibles.

El examen de no contradicción específica tiene que ver con el respeto por los límites propios de cada uno de los estados de excepción, en virtud de su naturaleza específica, y bajo un análisis que tome en consideración la situación de emergencia que se pretende conjurar. En el caso de los estados de emergencia económica, las facultades del Gobierno Nacional están definidas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. Sus límites se cifran en (i) la relación de conexidad que debe existir entre los decretos legislativos y los fines de superar las causas y evitar la extensión de los efectos de la situación de emergencia; (ii) la temporalidad de las medidas impositivas y (iii) la prohibición de restringir los derechos sociales de los trabajadores.

La condición (i) ya fue analizada al momento de efectuar el juicio de conexión directa; el requisito (ii) no es aplicable al caso objeto de estudio, pues el Decreto 1977 de 2015 no impone tributos, y la exigencia (iii) no es desconocida por las normas objeto de control, contenidas en el Decreto 1977 de 2015, pues estas no restringen derechos de los trabajadores sino que, por el contrario, pretenden su protección ante la situación de estancamiento en la movilización del carbón entre el Norte de Santander y Venezuela.

Segundo momento.

Análisis de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida a la luz de los artículos 8, 10 a 14 de la LEEE

5. Juicio de finalidad. De acuerdo con el artículo 10 de la LEEE, las medidas dictadas en un estado de excepción deben estar directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

Cada una de las medidas del Decreto 1770 de 2015 se dirige, directa y específicamente, a la superación de uno de los aspectos de la emergencia declarada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 1770 de 2015. La habilitación de puertos privados pretende brindar alternativas al uso de los puertos de Maracaibo y La Ceiba, ubicados en territorio venezolano, para el traslado del carbón entre Norte de Santander y Venezuela.

Los artículos 2º y 3º del decreto son medidas complementarias, destinadas a evitar consecuencias negativas derivadas de la habilitación de los puertos de servicio privado, especialmente, a raíz de las diferencias tarifarias que, en la regulación actual, supone el uso de cada tipo de infraestructura. Así, dado que los puertos de servicio público tienen tarifas fijadas por la Superintendencia a partir de la política portuaria definida en los documentos Conpes, mientras que los de servicio privado gozan de libertad tarifaria, manteniendo informada a la Superintendencia de Puertos, el Gobierno estimó imprescindible la igualación de tarifas y la exclusión de los volúmenes de carga de carbón derivados de la aplicación de este decreto, del cálculo de la contraprestación que deben pagar al Estado las sociedades portuarias concesionarias.

Así las cosas, las medidas superan este examen pues (i) la habilitación de puertos privados se dirige clara, directa y expresamente, a solucionar el problema de represamiento de carbón que enfrentan cuatro municipios del Norte de Santander cobijados por la declaratoria de emergencia del Decreto 1770 de 2015. Las dos medidas restantes pueden considerarse mecanismos accesorios para que la primera se aplique sin generar consecuencias indeseables en los intereses de los diversos actores involucrados en la exploración, explotación y transporte del carbón.

6. Juicio de necesidad

Este juicio, según se ha explicado ampliamente, hace referencia a si estas, en realidad son necesarias para alcanzar los fines propuestos por el Gobierno nacional para conjurar la situación de emergencia y evitar la extensión de sus efectos. El juicio se divide en necesidad fáctica (F) y necesidad jurídica (J) o subsidiariedad.

6.1. Necesidad F: la medida de habilitar los puertos privados para el transporte de carbón entre Colombia y Venezuela puede concebirse razonablemente como una decisión que permitirá superar una de las causas de la crisis: el cierre de la frontera y la imposibilidad de

utilizar los puertos de Maracaibo y La Ceba, en territorio venezolano, para transportar el carbón producido en diversos municipios del Norte de Santander. Dicho en otros términos, la Corte estima que, en principio, es razonable concluir que la medida escogida por el Gobierno tiene cierto nivel de eficacia e idoneidad para alcanzar tales fines, respetando los márgenes de apreciación del gobierno.

6.2. Necesidad J: la necesidad jurídica es explicada en el Decreto 1977 de 2015, mediante una referencia a las barreras y dificultades jurídicas que enfrentaría asumir esta emergencia mediante los cauces ordinarios. Sostuvo que no es posible solventar la crisis a través de los puertos públicos, principalmente, porque estos tienen dificultades para recibir y descargar un tren de 105 vagones, o porque se encuentran saturados transportando los bienes y mercancías de las empresas asociadas al concesionario.

Si bien el Decreto no hizo referencia a los detalles referentes al tamaño de los trenes, o a las razones por las cuales la sociedad que opera el puerto de servicio público de Colón ha copado su capacidad, aspectos en los que profundizó la Secretaría de la Presidencia de la República en su intervención ante la Corte, lo cierto es que el Gobierno sí aludió en la motivación del Decreto 1977 de 2015 a la existencia de problemas de infraestructura en los puertos públicos imposibles de superar en el corto plazo.

De igual manera, el Gobierno Nacional señaló, en el decreto legislativo bajo examen de constitucionalidad, que si bien es posible modificar la naturaleza de una concesión portuaria, el trámite requiere la petición de la sociedad interesada, y dura aproximadamente cuatro meses, de acuerdo con el Decreto 1079 de 2015 (artículo 2.2.3.3.3.5[12]).

Finalmente, indicó que la diferencia en los regímenes tarifarios entre empresas privadas y públicas podría imposibilitar el uso de los puertos de servicio privado en condiciones financieras adecuadas, lo que explica los artículos 2º y 3º del Decreto 1977 de 2015. Así las cosas, las condiciones propias del juicio de necesidad se encuentran satisfechas.

Si bien la argumentación contenida en el Decreto 1977 de 2015 (habilitante de puertos privados) no indica expresamente cuáles fueron las medidas intentadas, sino que se refiere a las barreras que se enfrentaban, a partir de su lectura y la intervención de la Presidencia de la República, es posible inferir que el Gobierno consideró, al menos, las posibilidades de

utilizar los puertos públicos de Colón y Santa Marta para realizar la operación portuaria. Sin embargo, esa medida no goza de la efectividad necesaria para superar el problema de represamiento de carbón en centros de acopio del Norte de Santander porque esos puertos (i) no tienen la infraestructura necesaria para recibir y descargar los trenes que movilizarían un alto volumen de carbón; o bien, (ii) tienen su capacidad copada por las entidades vinculadas a la sociedad concesionaria.

Dado que el problema que pretende atender el Decreto legislativo controlado se refiere a la imposibilidad de utilizar determinados puertos, resulta apenas lógico o razonable que el Gobierno se haya preguntado por la disponibilidad y viabilidad de utilizar puertos del territorio nacional y que, en consecuencia, haya basado su análisis en la operación ordinaria de los puertos de servicio público, a la luz de la normatividad vigente.

Cumplida la carga de evaluar las posibilidades que podrían existir en el régimen ordinario para solucionar la situación de emergencia, en lo que tiene que ver con el represamiento de carbón, se supera el análisis de necesidad F. Como se verá, la explicación acerca de las barreras legislativas servirá como base para desarrollar el juicio de incompatibilidad.

7. Juicio de incompatibilidad

El Decreto 1977 de 2015 suspende normas ordinarias, contenidas en la Ley 1ª de 1991, o Estatuto Nacional de Pesca. Por ese motivo, al momento de adoptar las medidas de protección contenidas en la norma de excepción, el Gobierno tenía el deber de explicar claramente las razones de incompatibilidad de esas normas con la situación de emergencia.

Las razones de incompatibilidad son las mismas expuestas en el juicio de necesidad jurídica y presentadas por el Gobierno Nacional como barreras legislativas para enfrentar la situación de emergencia. Así, la Ley 1ª de 1991 no permite a las sociedades portuarias que operan puertos privados el transporte de bienes de terceros, y el régimen tarifario diferencial entre privados y públicos se tornaría inviable, en términos financieros y productivos, que los pequeños carboneros de Norte de Santander utilizaran sus servicios.

8. Juicio de proporcionalidad.

El juicio de proporcionalidad de las determinaciones previstas en un decreto legislativo comprende dos etapas. En la primera, debe demostrarse que la medida ofrece más beneficios que los costos que impone a los principios constitucionales.

En el caso objeto de estudio, la decisión del Presidente interfiere el principio democrático debido a que suspende normas legales, y toca la autonomía de las sociedades portuarias, concesionarias de puertos de servicio privado debido a que, frente al régimen general y ordinario de libertad tarifaria, el decreto 1977 de 2015 iguala las tarifas de estos puertos con las de los puertos públicos, definidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, en el marco de políticas definidas por instrumentos Conpes.

Lo concerniente a la afectación del principio democrático debe armonizarse con los análisis precedentes. La razón por la cual el Gobierno decide remplazar la regulación ordinaria de forma temporal radica en que no existe una forma de transportar carbón por puertos privados dentro del régimen jurídico actual, y dado que los puertos públicos no tienen la infraestructura o capacidad necesarias para enfrentar la crisis, y que no es posible acceder a puertos venezolanos, tales normas se convirtieron (dentro del margen de apreciación del Gobierno) en barreras que debían superarse a través de las medidas excepcionales.

La argumentación desplegada por el Gobierno al respecto (y ya reseñada en los juicios precedentes) contribuye a comprender la afectación del principio democrático, en este caso, como un elemento propio de la naturaleza de la emergencia que se enfrenta, en lo que tiene que ver con los impactos comerciales de la crisis fronteriza. Por otra parte, los límites temporales (durante el cierre de la frontera y hasta que se extiendan sus efectos) permiten considerar que se trata de una restricción leve o moderada.

Por otra parte, la afectación a la autonomía negocial puede considerarse de intensidad leve por dos razones. Primero, porque dado el interés general envuelto en la prestación del servicio público de transporte, el mandato de intervención en la economía contenido en el artículo 334 Superior, y el interés social y ecológico de la propiedad, es razonable que los concesionarios privados deban ceder en sus intereses ante una situación de emergencia que, potencialmente, podría afectar 28 mil empleos, generar pérdidas notorias en los pequeños productores y crear efectos ecológicos considerables. Segundo, porque el decreto analizado no ordena que presten el servicio sin remuneración, sino percibiendo la que

corresponde a los puertos de servicio público, que está pensada para sustentar su sistema de costos y que, en términos generales, reportaría un margen de ganancia.

En cambio, la habilitación de los puertos privados parece, a primera vista, una medida que podría contribuir en alto grado a solucionar el problema del represamiento del carbón en los municipios de Norte de Santander cobijados por las medidas de excepción del Decreto 1770 de 20115, así que la satisfacción del fin perseguido, a raíz de la aplicación exitosa de la medida, puede concebirse como alta o intensa.

Por otra parte, el test de proporcionalidad exige verificar si existen medios excepcionales alternativos, menos costosos e igual de efectivos para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos. Como puede verse, este estudio habla de medidas de excepción, no de medidas ordinarias, aspecto estudiado en el juicio de necesidad (J). Para la Corte no es posible concebir otras medidas de excepción distintas que, de manera clara, reporten la misma eficacia que las previstas por el Gobierno Nacional y que, además, restrinjan en menor medida los principios que pueden verse afectados por la aplicación del Decreto 1777 de 2015. Es importante indicar que en este último examen, la Corte Constitucional actúa con respeto o deferencia por los márgenes de apreciación política del Gobierno, de manera que su tarea no consiste en inventar medidas novedosas o en cuestionar los estudios de conveniencia, costos y beneficios financieros, u otras variables ajenas a la especialidad del juez constitucional, sino en analizar si de forma evidente, el Ejecutivo tenía otras medidas a su disposición, iguales de efectivas y menos lesivas de principios constitucionales.

En el caso concreto no se percibe esa evidencia.

Ahora bien, en la sentencia T-046 de 1999, la Corte Constitucional revisó la tutela interpuesta por un grupo de ciudadanos de Santa Marta, que alegaban afecciones a la salud, derivadas de las partículas de carbón que originaban las operaciones de cargue, descargue y transporte de carbón en el puerto de Santa Marta.

La Corporación consideró que, en efecto, las partículas de carbón en el ambiente eran fuente de contaminación, y que ese fenómeno, a su vez, podría atentar contra el derecho a la salud de las personas que residían o trabajaban en lugares adyacentes al puerto. Sin embargo, señaló también que resultaba posible proteger los derechos de estas personas sin restringir de forma intensa la libertad de empresa, mediante un plan de control de la

contaminación que debía desarrollar la Corporación Autónoma del Magdalena, cuyos costos debía cubrir la empresa interesada, y siempre bajo la continua vigilancia estatal.

Como en esta oportunidad se prevé una medida que podría tener similares efectos en el ambiente, la Corte señala que la Corporación Autónoma del Magdalena, Cormagdalena, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, deberá diseñar un plan de control de la contaminación semejante al previsto por la Corte en la sentencia T-046 de 1999, y cuyos costos deberán ser asumidos por el Estado, en vista de que se trata de la aplicación de una medida de emergencia, que tendrá vigencia mientras permanezca cerrada la frontera con Venezuela.[13]

9. Juicio de no discriminación

La prohibición de discriminación es una faceta del principio de igualdad que prohíbe a las autoridades otorgar tratos distintos injustificados a personas, situaciones o grupos que se encuentran en igualdad de condiciones fácticas. Además, existe un conjunto de criterios en los cuales las medidas diferenciales se presumen inconstitucionales, lo que ocurre cuando afectan a personas o grupos vulnerables, según las definiciones del artículo 13, Superior, la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso concreto, el Gobierno no acude a una categoría sospechosa para establecer las medidas bajo control constitucional. El criterio es territorial y tiene que ver con la afectación especial que ha tenido el comercio y transporte de carbón con ocasión del cierre de fronteras. No existe evidencia de que otros grupos productores de carbón se encuentren en la misma situación en la que se hallan los que ejercen sus labores en el Norte de Santander, no solo por hallarse en municipios fronterizos, sino también por la imposibilidad que hoy en día enfrentan para acceder a los puertos venezolanos que utilizaban antes de declararse la crisis.

Así las cosas, las medidas contenidas en el Decreto 1977 de 2015 superan también el juicio de discriminación.

10. Conclusión: dado que las normas de excepción incorporadas en los artículos 1º a 3º del Decreto 1977 de 2015 cumplen los requisitos formales y materiales de validez constitucional, y que esa circunstancia se encuentra motivada de manera clara y suficiente

en el cuerpo de esa normativa, de manera que es posible considerar que superan cada uno de los juicios previstos por la Corte para controlar las decisiones propias de un estado de emergencia económica, social y cultural, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad.

VI. DECISIÓN

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto 1977 de 6 de octubre de 2015, “Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos carboneros concesionados de servicio privado”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (E)

MYRIAM ÁVILA ROLDAN

Magistrada (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con excusa

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Sin embargo, este decreto fue declarado inexecutable mediante sentencia C-722 de 2015 (MP. (E). Myriam Ávila Roldán).

[2] En su intervención, se refirió que los soportes técnicos tenidos en cuenta para la expedición del Decreto 1802 de 2015 fueron expresamente sustentados en el concepto que se rindió dentro del proceso RE_215, que se adelanta en esta Corporación sobre la constitucionalidad del mismo.

[3] La Secretaría Jurídica de la Presidencia anexa las resoluciones 3376 y 3377 de 2015, por las cuales el ministerio de transporte estableció tarifas especiales diferenciales para los peajes de Platanal, Gamarra, Pailitas, La Loma, el Copey y Tucurín; la Circular Externa 039 del 17 de septiembre de 2015, de la Superintendencia de Puertos y Transporte, en la que se establece una reducción en las tarifas para la movilización de carbón en los puertos de servicio público; el Informe Técnico de la ANLA remitido a la Corte Constitucional en el trámite de revisión del expediente RE-215, relacionado con el Decreto Legislativo 1802 de 2015, en el que se presentan los beneficios del uso de la vía férrea para el transporte de carbón; Informe del Ministerio del Trabajo, de 1º de octubre de 2015, acerca de los efectos del cierre de las fronteras en los derechos de los trabajadores. Oficio de la ANI acerca de las implicaciones del decreto 1977 de 2015.

[4] Ver, también, la sentencia C-224 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[5] MP. María Victoria Calle Correa.

[6] Independientemente del carácter público y notorio de estos hechos, que la Corte da por probados, el Gobierno remitió al presente proceso numerosos documentos que dan cuenta de lo ocurrido, incluyendo copias de los actos jurídicos producidos por el gobierno venezolano, diversos informes gubernamentales colombianos que documentan la magnitud de la crisis y sus alcances, y algunos informes de organismos internacionales tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Organización de las Naciones Unidas a través de sus diversas agencias y mecanismos.

[7] En el Decreto Legislativo 1977 de 2015, y en la intervención de la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República se presenta una amplia justificación acerca de las razones para preferir el transporte bimodal y, especialmente, el uso de la vía férrea para el transporte de carbón. La Sala omitirá esos argumentos en esta descripción de los fundamentos del decreto bajo control, por razones de economía expositiva y debido a que a pesar de la relación que el Gobierno encuentra entre ambos decretos, es posible considerarlos de manera autónoma en sede de control de constitucionalidad.

[8] Decreto declarado inexecutable mediante sentencia C-722 de 2015 (MP. (E). Myriam Ávila Roldán). El decreto examinado establecía una medida que aducía facilitaba el transporte del carbón que se produce en los municipios de Sardinata, Cúcuta, El Zulia y Salazar de las Palmas (Norte de Santander), seriamente afectado con el cierre de la frontera con la República Bolivariana de Venezuela, desde cuyos puertos marítimos se exportaba. Con tal propósito, se autorizó el tráfico ferroviario durante las veinticuatro horas de todos los días en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y zona Bananera.

En la zona existía la prohibición del uso de la red férrea entre las 22:30 y las 4:30 horas en los municipios mencionados, en virtud de dos providencias proferidas por la Corte Constitucional: la sentencia T-672 de 2014 y el auto del 27 de mayo de 2015, relacionadas con el amparo de derechos fundamentales de los accionantes a la intimidad, a la tranquilidad, a la salud en conexidad con el derecho a un ambiente sano.

La Corporación declaró inexecutable este decreto porque sostuvo que la autoridad

responsable de verificar el cumplimiento de la sentencia T-672 de 2014, es el Tribunal Administrativo del Cesar, y esta Corporación aún no se ha pronunciado al respecto. Mientras la autoridad competente no declare el cumplimiento de la sentencia, la suspensión del transporte ferroviario en ella ordenada está vigente y debe respetarse. La deficiencia argumentativa respecto del potencial riesgo del trabajo de las personas relacionadas con el sector carbonífero del Departamento del Norte de Santander, que es la base para argumentar que el transporte por red ferroviaria sin restricciones de horario es necesario, por su menor costo, no permite deducir que exista una necesidad fáctica y menos aún jurídica de adoptar esa medida que afecta los derechos fundamentales de los habitantes de los municipios o por no ser posible cotejar o ponderar un riesgo potencial que no se cuantifica, califica y precisa, con la vulneración o amenaza de derechos fundamentales reconocida por una autoridad judicial, ese argumento no resulta suficiente en un estado social y democrático de derecho para justificar el desconocimiento de una decisión de un juez constitucional de amparo de derechos fundamentales, esto es al ejercicio de la competencia de otra rama del poder público que no puede ser ignorada ni siquiera por medidas de excepción. Por lo tanto, el decreto no superó el juicio de necesidad, de manera que la Corte lo declaró inconstitucional.

[9] El concepto de derechos intangibles, esencial para el uso adecuado de las herramientas de excepción y el control del poder del ejecutivo en estos escenarios es dinámico y debe revisarse de conformidad con las herramientas del derecho internacional de los derechos humanos y la naturaleza de las restricciones que pretende imponer el gobierno, bajo el amparo de la excepcionalidad. Por ello, aunque a continuación se transcribe la lista de derechos que fueron considerados intangibles por el Legislador estatutarios en la LEEE, esta enumeración debe considerarse como una enunciación apenas ilustrativa. Artículo 4º de la LEEE: “DERECHOS INTANGIBLES. <Aparte tachado derogado por el Acto Legislativo 1 de 1997> De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal;

el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

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

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

[10] En adelante LEEE.

[11] En adelante DIDH.

[12] ARTÍCULO 2.2.3.3.3.5. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. El procedimiento para la modificación de los contratos de concesión será el siguiente:

1. Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar.

En el evento que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales y 1.1.1. y 2.3 del artículo 2.2.3.3.1.2 del presente decreto.

3. Vencido el término para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por Ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación.

4. La entidad competente aprobará o negará la solicitud de modificación previa decisión de su Consejo Directivo o su Órgano equivalente.

[13] Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 2 de septiembre de 1.998, adicionándola en el sentido de que a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG, le corresponderá trazar un cronograma y evaluar autónomamente su cumplimiento, conforme a lo expuesto en la parte motiva, a fin de que sea efectivo el control de la contaminación en dicha zona, para lo cual los gastos que se ocasionen estarán a cargo de C.I. PRODECO S.A.

Así mismo, copia de las conclusiones de la evaluación que se lleve a cabo por CORPAMAG se entregará a la Defensoría del Pueblo de Santa Marta y a las personas tuteladas.