

Sentencia C-939/02

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR-Examen formal

MINISTRO-Encargo de otras carteras

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR-Examen de fondo

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR-Establecimiento de tipos penales y medidas procesales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR-Límites y alcances de competencia gubernamental para crear y modificar tipos penales y aumentar o disminuir penas

ESTADOS DE EXCEPCION-Marco normativo/CONMOCION INTERIOR-Tipificación penal de conductas y aumento y reducción de penas

CONMOCION INTERIOR-Límites en tipificación penal de conductas y aumento y reducción de penas

ESTADOS DE EXCEPCION-Limitaciones temporales de normas

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PODER PUNITIVO ORDINARIO DEL ESTADO-Alcance

Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Restricciones constitucionales/PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Fundamento y límite

TIPO PENAL-Deber de observar la estricta legalidad/TIPO PENAL-Creación es competencia exclusiva del legislador

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

TIPO PENAL-Deber de respetar derechos constitucionales

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

TIPO PENAL Y SANCION-Deber de respeto de principios de proporcionalidad y razonabilidad

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

TIPO PENAL-Idoneidad

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Observancia

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Restricciones constitucionales a ejercicio

El ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN ESTADOS DE EXCEPCION-Régimen general

ESTADOS DE EXCEPCION-No suspensión de derechos constitucionales

ESTADOS DE EXCEPCION-Régimen más restrictivo para el goce de derechos

TIPO PENAL EN ESTADOS DE EXCEPCION-Restricciones relativas a definición

Las restricciones, en materia punitiva, tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y, (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.

PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MATERIAL DE TIPO PENAL EN CONMOCIÓN INTERIOR-Definición constitucional de bienes jurídicos tutelados

El Gobierno encuentra una primera limitación en la definición del tipo penal, en lo que a los bienes jurídicos tutelados respecta. Estos, invariablemente habrán de ser la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Protección de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente/PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN CONMOCION INTERIOR-Bienes jurídicos protegidos constitucionalmente

El poder punitivo del estado que puede desarrollar el gobierno, se limita a la tipificación de aquellas conductas o modificación de los tipos penales existentes, incluyendo expresamente como objeto de protección los citados bienes jurídicos. No podrá, por lo mismo, crear tipos o modificar los existentes, si no existe relación alguna entre el tipo penal y la protección de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Ello no significa que al Gobierno le resulte vedado la protección de otros bienes jurídicos. Simplemente, que dicha protección, en todo caso, tiene que acompañar una protección directa a los citados bienes jurídicos definidos constitucionalmente. La protección autónoma de los restantes bienes jurídicos, está absolutamente reservada al legislador. Los bienes jurídicos estabilidad institucional, seguridad del Estado y convivencia ciudadana, deben entenderse en función de las obligaciones que la Constitución imponen al Estado. Los bienes jurídicos apuntan a distintos elementos que permiten al Estado la realización de sus funciones constitucionales.

ORDEN PUBLICO-Concepto no se limita a restricción de derechos

ORDEN PUBLICO-Valoración sujeta a condiciones normativas

PRINCIPIO DE FINALIDAD DE TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Competencia para conjurar peligros concretos/TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Precisión sobre capacidad concreta de alterar en forma grave el orden público

En la definición del tipo, el Gobierno está limitado a describir conductas que pongan en peligro directo el orden público. Esta restricción no apunta a la delimitación de los bienes jurídicos tutelados, sino a los criterios que puede utilizar el Gobierno para describir la conducta turbadora del orden público. No son admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden público, sino que se demanda una precisión sobre la capacidad concreta de alterar en forma grave el orden público. En términos ordinarios, el juicio de razonabilidad supone que las medidas que adopte el legislador (sea ordinario o excepcional) sean idóneas para el fin que persigue la norma. Se trata de un juicio de racionalidad de la medida y que difiere del principio de finalidad que busca definir, a partir de presupuestos normativos y no de un juicio de adecuación de medios a fines, qué clase de conductas se pueden tipificar y bajo qué condiciones.

DECLARACION DE CONMOCION INTERIOR-Inminencia

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Inminencia de peligro

La Corte entiende que la inminencia del peligro se traduce en una restricción sobre las medidas que se estiman idóneas para enfrentar las causas del mismo: únicamente serán idóneas, en este contexto, aquellos tipos penales que enfrenten situaciones o peligros

inminentes a los bienes jurídicos tutelados en la Constitución. La Carta manda al gobierno que prevenga los concretos peligros existentes a los que se enfrenta la tutela de los bienes jurídicos mencionados. Traducido a la dogmática penal, ello equivale a la exigencia de que los tipos penales, aunque se contemplen como pluriofensivos, deben contener elementos que permitan identificar conductas que, de forma inmediata y directa, ponen en peligro tales bienes jurídicos. Así, el gobierno, al crear tipos penales, debe identificar claramente la conducta que, de manera cierta, atenta contra los bienes jurídicos tutelados y que deben enfrentarse (motivación de la declaración de conmoción interior). Es decir, deben contemplar tipos penales de peligro concreto.

DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL-Sociedad de riesgo

TIPO PENAL-Alternativas para anticipar ámbito de protección a etapa anterior de vulneración efectiva

DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO-Características

DELITOS DE PELIGRO CONCRETO-Características

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Limitaciones especiales

En materia de conmoción interior surgen unas limitaciones especiales, relacionadas con el bien jurídico que protege la legislación excepcional y la naturaleza del peligro para los mismos. Con base en esta premisa, podemos obtener dos conclusiones: i) En primer lugar, no puede proteger exclusivamente bienes de naturaleza individual, porque la propia Constitución señala que los actos que perturben el orden público deben tener la característica de afectar la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. En consecuencia, puede optar por la expedición de tipos que protejan básicamente el mantenimiento de la estabilidad institucional, la seguridad o la convivencia, o por proteger conjuntamente estos bienes, con bienes de naturaleza individual. ii) En segundo lugar, que debe tratarse de un peligro próximo para la estabilidad institucional o la seguridad ciudadana, porque la Constitución misma cualificó el peligro, al señalar la procedencia de la medida ante la existencia de un peligro inminente para las instituciones señaladas en la Carta. Debe tratarse de un peligro concreto, porque no basta con que el autor hubiere realizado una conducta de lesión para un bien jurídico, sino que además, siempre se requiere la prueba de que ha surgido un peligro próximo para la estabilidad institucional que se trata de salvaguardar con la conmoción interior. No basta con que el legislador tipifique una situación de peligro para esos bienes, porque el juez debe verificar en el caso concreto, si las conductas están en relación directa con las causas y motivos que expresamente se señalaron en el decreto que declaró la conmoción. Decreto que señala un marco de limitación adicional al señalado en la Carta, en el bloque de constitucionalidad y en la ley estatutaria.

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Alcance

PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN CONMOCION INTERIOR-Estricta razonabilidad y proporcionalidad

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Justificación clara de las que resultan incompatibles

PODER-Control de ejercicio

PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD EN CONMOCION INTERIOR-Marco normativo que define uso de la fuerza y capacidad de coacción del Estado

PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD EN CONMOCION INTERIOR-Medidas dictadas

PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD DE TIPO PENAL Y AUMENTO DE PENA EN CONMOCION INTERIOR

TIPO PENAL Y SANCION-Inconstitucionalidad de finalidad de alcanzar fuerza simbólica

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE SANCION PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Significado

SANCION PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Restricciones al Gobierno para efectividad

A fin de alcanzar la efectividad de las sanciones penales dispuestas en los tipos penales dictados durante el estado de conmoción interior, el gobierno se ve sometido a las siguientes restricciones: (i) cuando se trata de conductas que al momento de decretar el estado de conmoción no estaban consideradas como punibles en la legislación ordinaria, las sanciones impuestas deben ser de tal naturaleza que puedan tener su plena efectividad durante la vigencia del estado de excepción; y (ii), si se refiere a comportamientos que están sancionados en la legislación ordinaria, la pena señalada en la nueva disposición no puede superar el máximo del tipo penal correspondiente, con los agravantes de la legislación ordinaria previstos para dicho tipo, consagrado en el Código Penal.

TEORIA DE LA PENA Y MODELO DE ESTADO-Conexión estrecha en concepción del ius puniendi

PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO-Presupuesto de legitimidad material

PENA-Prevención general de delitos

FAVORABILIDAD DE LEY TEMPORAL O TRANSITORIA-Problemática

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Intangibilidad

DERECHO PENAL SIMBOLICO-Finalidad constitucionalmente ilegítima

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO-Características

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN ESTADOS DE EXCEPCION-Incompatibilidad con principios

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-No incremento de límites ordinarios y de máximos posibles

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-No suspensión

AUMENTO DE PENA EN ESTADOS DE EXCEPCION-Factores que comporta

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Medidas de excepción que pueden prolongarse una vez levantada la conmoción

TIPO PENAL-Modificaciones en la descripción/TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Modificaciones en la descripción

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Modificación sujeta a penas de legislación ordinaria con agravantes y cualificaciones

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Tipificación de nuevas conductas

CONMOCION INTERIOR-Eficacia jurídica de medidas

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Establecimiento o modificaciones

CONMOCION INTERIOR-Pérdida de vigencia de medidas por levantamiento

TIPO PENAL O AUMENTO DE PENAS EN CONMOCION INTERIOR-Tránsito normativo y ruptura jurídica

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Reproducción por legislador de dictados durante la vigencia

TIPO PENAL O AUMENTO DE PENAS EN CONMOCION INTERIOR-Incorporación por legislador al régimen ordinario de medidas

DECRETO DECLARATORIO Y DE DESARROLLO LEGISLATIVO DE CONMOCION INTERIOR-Conexidad general

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO EN CONMOCION INTERIOR-Penalización de diversas conductas

PRINCIPIO DE RESTRICCION MATERIAL DE TIPO PENAL ESPECIAL EN CONMOCION INTERIOR-Relación directa con bienes jurídicos, estabilidad institucional, seguridad del Estado o convivencia ciudadana

PRINCIPIO DE RESTRICCION MATERIAL DE TIPO PENAL ESPECIAL EN CONMOCION INTERIOR-No observancia

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE TIPO PENAL ESPECIAL EN CONMOCION INTERIOR-Desconocimiento

TIPO PENAL ESPECIAL EN CONMOCION INTERIOR-Descripción imprecisa de conductas

TIPO PENAL ESPECIAL EN CONMOCION INTERIOR-Exceso en topes autorizados

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Establecimiento de causal de agravación punitiva

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Demostración de insuficiencia de normatividad o

incompatibilidad con la conmoción

TIPO PENAL ESPECIFICO EN CONMOCION INTERIOR-Ausencia de justificación de la medida, a la relación entre este tipo y bienes tutelados y sobre definición del sujeto activo

TIPO PENAL ESPECIAL EN CONMOCION INTERIOR-Ausencia de precisión sobre otros elementos estructurantes

SENTENCIA CONDICIONADA EN MATERIA DE CONMOCION INTERIOR-Imposibilidad en el caso concreto

SENTENCIA CONDICIONADA EN TIPO PENAL

Referencia: expediente R.E 119

Revisión constitucional del Decreto

1900 de 2002 “Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

#### I. ANTECEDENTES.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 214 numeral 6o. de la Constitución Política de Colombia, el Gobierno Nacional, por conducto del Secretario General de la Presidencia de la República, remitió a esta Corporación el mismo día de su expedición, copia del Decreto Legislativo N° 1900 de 2002 para efectos de su revisión constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Fundamental.

Avocado el conocimiento por el Magistrado Sustanciador, éste ordenó mediante providencia de veintiocho (28) de agosto de dos mil dos (2002) oficiar al Secretario General de la Presidencia de la República, a fin de que, en trámite con las dependencias gubernamentales pertinentes y dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esa providencia, remitiera a esta Corporación los sustentos probatorios y demás elementos que justificaron las motivaciones y la expedición del Decreto 1900 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones”.

Así mismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56 del Acuerdo 05 de 1992, en el mismo auto se ordenó que una vez vencido el término anterior el proceso fuese fijado en lista de la Secretaría General por el término de cinco (5) días, con el fin de permitir a los

ciudadanos defender o impugnar el Decreto 1900 de 2002 en los términos del artículo 37 del Decreto 2067 de 1991. De igual manera, en dicho auto se ordenó simultáneamente comunicar la iniciación del proceso a la Fiscalía General de la Nación, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y al Presidente de la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL) para que, si lo estimaran conveniente, intervinieran dentro del mismo.

Vencido el período probatorio respectivo, se ordenó dar traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente.

Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del decreto sometido a su revisión.

## II. TEXTO DEL DECRETO

El siguiente es el texto del Decreto No. 1900 del 23 de Agosto de 2002, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 44.910

### “DECRETO 1900

“por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones.

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 213 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, y

### “CONSIDERANDO:

“Que mediante Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002 se declaró el Estado de Conmoción Interior en todo el territorio Nacional;

“Que el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción, dispuso que durante el estado de conmoción interior y mediante decreto legislativo se podrán tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía;

“Que el Decreto 1837 de 2002, señaló que se debe fortalecer a la rama judicial con medidas transitorias con el fin de prever, evitar y reprimir los actos terroristas y criminales de las organizaciones delincuenciales que han multiplicado sus ataques contra la infraestructura de los servicios esenciales de energía, incluida en ésta la de hidrocarburos o sus derivados, aumentando con su saqueo la capacidad financiera de que disponen para sembrar terror entre la población civil, desestabilizar la democracia y poner en grave riesgo las instituciones de la Nación;

“Que en el año 2001 y en lo que va corrido del año 2002, con ocasión de las actividades de

hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, el Estado colombiano ha dejado de obtener ingresos fiscales multimillonarios, por la no percepción de los impuestos al valor agregado, el impuesto global a los combustibles y la sobretasa a los combustibles;

“Que en el mismo período y con ocasión del hurto, de hidrocarburos, el Estado colombiano ha perdido cerca de US \$ 148.000.000 correspondientes al valor de los hidrocarburos hurtados más los impuestos que sobre ese monto habría de recibir; además, Ecopetrol ha debido asumir sobrecostos por el daño de ductos por valor de US \$ 9.000.000;

“Que como consecuencia del contrabando de hidrocarburos y sus derivados el Estado colombiano ha dejado de recibir US\$ 169.000.000.

El costo de esta criminalidad incontrolada se ha incrementado en un 30% en el 2002 con respecto al año 2001.

“Los perjuicios y los riesgos por la contaminación ambiental son de valor incalculable.

“En su conjunto, los daños patrimoniales sufridos por este concepto por el Estado colombiano superan la cifra de un billón de pesos, superior a todo el presupuesto de la rama judicial en un año;

“Que así mismo, se hace indispensable establecer mecanismos jurídicos transitorios, para operar eficazmente en contra de aquellas organizaciones delincuenciales, facilitando la captura y retención de los implicados, como quiera que el régimen legal penal vigente es insuficiente para prevenir y contrarrestar los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, los que se han incrementado drásticamente, con graves consecuencias en el mantenimiento del orden público y la economía nacional;

“Que la comercialización ilícita de hidrocarburos y sus derivados por parte de esas organizaciones delincuenciales, demandan medidas de carácter penal para contrarrestar sus efectos, de tal forma que es necesario recuperar para el patrimonio público los bienes utilizados para esas actividades o ilícitamente obtenidos como consecuencia de ellas y las rentas fiscales dejadas de percibir;

“Que los hidrocarburos son elementos estratégicos para la economía nacional y el orden público, como quiera que de su producido depende en alta medida la estructura fiscal del país y de su disponibilidad y distribución adecuadas el servicio de transporte, la producción industrial y la prestación de muchos otros servicios públicos esenciales;

“Que según informes de los organismos de seguridad del Estado, una alta proporción de los recursos que se obtienen por este gigantesco atentado al tesoro público van a las arcas de los grupos alzados en armas que están sembrando el terror en los campos y las ciudades de Colombia. Una acción eficaz contra esta delincuencia comprenderá necesariamente el estrangulamiento de sus fuentes financieras tanto más si ellas coinciden con las que deben nutrir el tesoro público;

“Que actualmente se adelantan alrededor de 347 procesos judiciales por el ilícito de hurto de hidrocarburos o sus derivados y que a muchos de ellos se encuentran vinculadas personas que tienen nexos con organizaciones delincuenciales y terroristas;

“Que no obstante existir 1926 investigaciones aduaneras, debido a la inadecuada técnica de tipificación del delito no ha sido posible judicializar persona alguna,

DECRETA:

“Artículo 1°. Daños a la infraestructura. El que por cualquier medio ocasione daño a obras u otros bienes o elementos para la exploración, explotación, almacenamiento, transporte, refinación, distribución y comercialización de hidrocarburos y sus derivados, la infraestructura destinada a la producción y conducción de energía, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas o cuando, como consecuencia del daño, se contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas y demás recursos naturales.

“Artículo 2°. Hurto de hidrocarburos o sus derivados. El que se apodere de hidrocarburos o sus derivados, cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, naftaducto o poliducto o por cualquier otro medio, o que se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de mil (1.000) a ocho mil (8.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena será de prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el valor del hidrocarburo o sus derivados, objeto de apoderamiento, no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice por servidor público.

“Artículo 3°. Hurto de marcadores, detectores o reveladores. El que se apodere o dañe sustancias o equipos para la identificación de combustibles, marcadores, detectores o reveladores, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de ochocientos (800) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice por servidor público.

“Artículo 4°. Contrabando de hidrocarburos o sus derivados. El que introduzca ilícitamente al territorio nacional hidrocarburos o sus derivados, o los exporte por lugares no habilitados o los oculte, almacene, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a ocho (8) años y en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.

“Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre hidrocarburos o sus derivados cuyo

valor supere los cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.

“Artículo 5°. Favorecimiento en el delito de hurto de hidrocarburos o sus derivados. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible, adquiera, posea, transporte, almacene, venda, ofrezca, suministre o comercialice a cualquier título hidrocarburos o sus derivados, cuando tales bienes hayan sido objeto de hurto, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Artículo 6°. Favorecimiento en el delito de contrabando de hidrocarburos o sus derivados. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible, adquiera, posea, transporte, almacene, venda, ofrezca, suministre o comercialice a cualquier título hidrocarburos o sus derivados, cuando tales bienes sean de contrabando y cuando tengan un valor inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena será de prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el valor de los bienes objeto de contrabando supere los cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Artículo 7°. Destinación ilícita de bienes. El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se almacene, transporte o venda hidrocarburos o sus derivados, o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Artículo 8°. Favorecimiento por servidor público. El servidor público que sin haber tomado parte en la ejecución de las conductas anteriores, de cualquier forma facilite su comisión, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cuatro (4) a ocho (8) años.

“Artículo 9°. Situación jurídica del sindicado y libertad provisional. En los procesos por delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos o sus derivados en los que haya sindicados detenidos, el fiscal de conocimiento resolverá su situación jurídica y ordenará su detención preventiva cuando se cumplan los presupuestos del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal. El sindicado tendrá derecho a la libertad provisional de que trata el artículo 365 de la Ley 600 de 2000, únicamente en el caso en que se cumplan las causales previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5, en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del capítulo IV transitorio del Código de Procedimiento Penal.

“Artículo 10. Extinción de la acción penal. En los procesos por delitos de hurto y con trabando de hidrocarburos o sus derivados, la acción penal no se extinguirá por reparación o indemnización integral del daño ocasionado.

“Una vez el fiscal haya determinado la procedencia ilícita de los hidrocarburos o sus derivados, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles ordenará su entrega a Ecopetrol, así como la de los demás bienes utilizados para la comisión del delito. Ecopetrol procederá a la venta de tales hidrocarburos o sus derivados en condiciones normales de mercado.

“Ecopetrol entregará los demás bienes utilizados para la comisión del delito a una entidad fiduciaria, para su administración.

Parágrafo. El procedimiento de contratación y el contrato de fiducia mercantil se registrará por el derecho privado y no por la Ley 80 de 1993.

“Artículo 12. Participaciones en el valor de los bienes recuperados. Las sumas de dinero que reciba Ecopetrol por la comercialización de hidrocarburos o sus derivados, previo descuento de los gastos y costos en que haya incurrido para el manejo de los bienes recuperados, se distribuirán así:

“El 5% a las autoridades competentes para que de acuerdo con sus funciones, paguen la recompensa a la persona o personas que hayan dado la información veraz y eficiente que condujo a la incautación.

“El 30% para el municipio donde la incautación se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

“El 65% restante ingresará a la tesorería de Ecopetrol, quien lo destinará a inversión en reparaciones, mantenimiento y protección de la infraestructura.

“Si no hubiere informantes con derecho a recompensa, el porcentaje respectivo se podrá entregar al municipio donde el decomiso se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

“Artículo 13. Bienes aprehendidos por la DIAN. Los hidrocarburos o sus derivados aprehendidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como de contrabando, serán transferidos a Ecopetrol a título de comodato sin que se cause impuesto alguno. La transferencia a Ecopetrol de estos bienes por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá hacerse, sin perjuicio de que el proceso aduanero de definición de la situación jurídica de la mercancía no haya terminado.

“Ecopetrol comercializará estos bienes dentro o fuera del territorio nacional, previa revisión del cumplimiento de las normas técnicas de calidad.

“Las sumas de dinero que reciba Ecopetrol con ocasión de la aprehensión de hidrocarburos o sus derivados, por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se podrán distribuir, previo descuento de los gastos y costos en que haya incurrido Ecopetrol para el manejo de estos bienes de la siguiente manera:

“El 5% para que las autoridades competentes paguen la recompensa a la persona o personas que hayan dado la información veraz y eficiente que condujo a la aprehensión.

“El 40% se transferirá al municipio donde la aprehensión se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

“El 55% restante será entregado por Ecopetrol, en hidrocarburos o sus derivados, con cargo al patrimonio autónomo a que se refiere el artículo 11 del presente decreto, a la Fuerza Pública o al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, teniendo en cuenta la autoridad que participó en la aprehensión.

“Si no hubiere informantes con derecho a recompensa, el porcentaje respectivo se podrá entregar al municipio donde la aprehensión se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

“Artículo 14. El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación y suspende por todo el tiempo que estuviere vigente, el artículo 357 del Código Penal en lo relacionado con energía y combustibles.

“Publíquese y cúmplase.

“Dado en Bogotá, D. C., a 23 de agosto de 2002.”

### III. PRUEBAS RECIBIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Oficio N° OPC-143 el Secretario General de la Presidencia de la República, Alberto Velásquez Echeverri, hizo llegar a la Corte Constitucional el siguiente material probatorio, recibido al día siguiente del vencimiento del término correspondiente:

1. Oficio No. 1124 de 29 de agosto de 2002, suscrito por el Director de Hidrocarburos de la empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL- mediante el cual remite los documentos “Impacto del Sector Petrolero en la Economía Nacional” y “Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-”, relacionado con la refinación y petroquímica.
2. Oficio N°. 50.001-1332 de 2 de septiembre de 2002, suscrito por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, relacionado con los ingresos dejados de percibir por el Estado, en razón de los ilícitos de contrabando de combustibles en diferentes modalidades.
3. Informe N°. 002658 del 2 de septiembre de 2002 de la Gerencia Control Pérdida de Combustibles de ECOPETROL, que certifica las pérdidas como consecuencia del contrabando de hidrocarburos y sus derivados.
4. Certificación del Coordinador de Grupo de Apoyo en la Gestión Judicial y Extrajudicial de la Dirección Jurídica de ECOPETROL, sobre el número de procesos por el delito de hurto de hidrocarburos
5. Informe N°. VIT-TEU-002640-2001-1 del Jefe del Departamento de Planeación y Control Operacional de la Vicepresidencia de Transporte de ECOPETROL, que certifica las pérdidas por hurto de hidrocarburos en período comprendido entre junio de 2001 y junio de 2002.

6. Estudio sobre los argumentos de tipo legal y fáctico que sustentan la urgente necesidad de la reforma en materia de legislación penal sustancial y procedimental relacionada con el hurto y el contrabando de hidrocarburos.

7. Relación de procesos que se adelantan por el delito de hurto de hidrocarburos y conductas punibles relacionadas con estos.

8. Oficio del 2 de septiembre de 2002, suscrito por la Directora general de Presupuesto Público Nacional, mediante el cual informa sobre el peso del recaudo por impuesto global sobre el Producto Interno Bruto, y valida las cifras presentadas por la DIAN y ECOPETROL por hurto y contrabando de combustibles.

9. Oficio N°. 006187 del 2 de septiembre de 2002 suscrito por el Fiscal General de la Nación, remitido del documento estadístico de la Fiscalía General de la Nación sobre ilícitos contra la infraestructura de hidrocarburos y delitos conexos, del informe sobre las actividades desarrolladas por la Estructura de Apoyo de Arauca de 2001-2002 y del informe sobre las actividades de Policía Judicial realizadas por el CTI de 2002.

10. Informe N°. 343 de 2 de septiembre de 2002 del Director de ECOPETROL, sobre los daños ambientales ocasionados por la delincuencia común y por organizaciones criminales responsables de los delitos de terrorismo y hurto de hidrocarburos y sus derivados.

Adicionalmente a lo anterior, el Secretario General de la Presidencia de la República envió a esta Corporación el siguiente material que recoge información confidencial vinculada con procesos penales en curso y con informes de inteligencia de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y que, por tales circunstancias, tiene carácter reservado:

1. Treinta y dos (32) informes de inteligencia de la Dirección Central de la Policía Judicial que demuestran los operativos dirigidos a la interceptación de grupos armados al margen de la ley, así como la captura de distintas personas involucradas en los delitos de hurto de hidrocarburos.

2. Informe del Jefe de Análisis y Recolección de la Subdirección de Inteligencia y Policía Judicial -Policía Fiscal y Aduanera-, que detalla las áreas de territorio Nacional en donde tienen influencia los grupos subversivos relacionados con los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, que demuestra la vinculación de dichas organizaciones con las conductas punibles mencionadas.

3. Oficio No. 678 de 2002, suscrito por el Director Seccional de Sucre del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, contenido del informe con carácter reservado sobre el delito hurto de gasolina.

4. Demanda de constitución de parte civil de ECOPETROL dentro de un proceso penal por el delito de hurto de combustibles (Sumario 54739).

5. Oficio No. 3747 del 2 de septiembre de 2002, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, mediante el cual remite el informe con carácter reservado, rendido por el Coordinador del Grupo de Seguridad Rural de

esa Entidad, sobre el hurto y contrabando de combustible.

#### IV. INTERVENCIONES.

##### A. Intervención de la Presidencia de la República

En representación de la Presidencia de la República, intervino en el proceso el Secretario Jurídico de la Presidencia, doctor Camilo Ospina Bernal, para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de las disposiciones en estudio.

El memorial de intervención resalta, en primer término, la importancia que tienen para la economía nacional, la producción y comercialización de hidrocarburos. Aduce que aproximadamente el 46% del total de la demanda de energía del país depende de ese sector. Seguidamente, el interviniente aduce que el hurto y contrabando de hidrocarburos y derivados se han constituido en los ilícitos que principalmente financian la actividad criminal de grupos insurgentes, siendo el incremento de dichos ingresos significativo en el transcurso del último año.

La Presidencia de la República advierte que de conformidad con las pruebas, no existe duda alguna de que este panorama representa un grave peligro para la ciudadanía, pues la perforación de los tubos por los que se transportan esos líquidos puede traer consecuencias irreparables para la población, además de que constituye un factor de grave perturbación del orden público y desestabilización de las instituciones.

Dice que este es un sector de la economía especialmente vulnerable, dada su participación en el Producto Interno Bruto, y que los daños a él producidos no sólo afectan las políticas de inversión diseñadas por el Gobierno Nacional sino la de los gobiernos territoriales. Los programas de interés social reciben los efectos negativos producidos por los delitos que se cometen contra sector de los hidrocarburos, además de ser obvios los perjuicios fiscales que tales actividades delincuenciales generan para el país.

Desde el punto de vista jurídico, el Secretario Jurídico de la Presidencia advierte que durante la vigencia del estado de conmoción interior, el presidente está habilitado por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción para tipificar delitos, fijar penas, aumentar las existentes y, en general, dictar medidas represivas destinadas a restablecer el orden, cosa que efectivamente hizo con las conductas ya descritas.

Dice que con sustento en las pruebas aportadas, resulta indispensable para contrarrestar las conductas establecidas en el Decreto 1900 de 2002 tomar medidas inmediatas que permitan reducir los índices alertados en la documentación correspondiente. Precisa que la normatividad ordinaria, es decir la que rigió antes de entrar en vigencia el Decreto 1900, era insuficiente para conjurar los efectos de las conductas descritas, por lo que fue necesario acudir a mecanismos más idóneos en orden a reprimir tales comportamientos y a desvertebrar las fuentes de financiación de las organizaciones que se aprovechan de esa industria.

Aclara que el Decreto en cuestión precisa los alcances de los procedimientos que habrán de aplicarse en relación con los bienes recuperados, además de que señala la manera en que

podrán repartirse los bienes incautados, todo ello con fundamento en que el Estado puede disponer libremente de sus recursos y, por tanto, puede conferir recompensas o distribuir los hidrocarburos de ECOPETROL incautados, ya que ésta es una empresa estatal.

Rescata que el Decreto 1900 tienen una clara conexión con los motivos que propiciaron la declaratoria del estado de conmoción interior, además de encontrar pleno respaldo en las motivaciones del Decreto por el cual dicho estado fue instaurado, ya que su destino final es atacar a los grupos criminales que han incrementado su accionar en el terreno de los ataques a la infraestructura energética del país.

En su intervención, la Presidencia de la República presenta algunas pruebas adicionales a las que remitió en su oportunidad, cuando puso a disposición de la Corte el Decreto 1900 de 2002.

#### B. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

Señala el Fiscal de la Nación, Luis Camilo Osorio Isaza, en justificación de la exequibilidad de las normas revisadas, que cuando en un Estado de derecho se subvierte el orden establecido, al punto que las medidas de control social se hacen insuficientes, es indispensable recurrir a medidas de excepción que llevan implícita una restricción de las garantías constitucionales.

Dentro de ese marco de excepcionalidad, que la Constitución Política plasma en sus artículos 212 a 215, el operador jurídico constitucional puede restringir derechos fundamentales, imponer tributos o modificar los códigos sustantivos y adjetivos, con el propósito de restaurar el orden.

Así las cosas, para la Fiscalía es claro que las normas que contiene el Decreto 1900 de 2002 siguen esa misma línea jurídica y, por tanto, se acogen a los postulados de la Constitución, no obstante que el artículo 44 de la Ley Estatutaria de los Estados de excepción también autoriza al Ejecutivo para crear tipos penales.

Sostiene además que para nadie es un secreto que los delitos que atentan contra la infraestructura de hidrocarburos del país constituyen una clara amenaza contra la tranquilidad y el orden público económico, ya que este recurso no renovable representa un porcentaje muy importante de la capacidad fiscal del Estado; ello sin contar con el daño ambiental que los bienes naturales sufren con ocasión de los atentados contra las redes de conducción.

Advierte finalmente que esta actividad, desarrollada por grupos delincuenciales, se ha erigido en una de sus principales fuentes de financiación, lo cual permite inferir la conexidad existente entre la norma que se ataca y la declaración del estado de conmoción interior.

#### C. Intervención de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

En representación de la entidad de la referencia, intervino en el proceso la doctora Martha Aurora Casas Maldonado con el fin de solicitar a la Corte que se declaren exequibles las normas que hacen parte del Decreto 1900 de 2002.

La interviniente afirma que al Estado colombiano le corresponde crear nuevas formas de

control, no sólo administrativas, sino fiscales y penales, tendientes a combatir la creciente ola de actividades delictivas que atenta contra la infraestructura económica del país. Advierte que en ese contexto, el Gobierno expidió el Decreto 1900 de 2002 mediante el cual se adoptaron medidas destinadas contrarrestar el hurto de hidrocarburos y sus derivados, y el contrabando del mismo. Señala que tales medidas también tienen por finalidad frenar el hurto de hidrocarburos que se comete en pequeñas cantidades, de manera continuada, lo cual ha generado una especie de economía subterránea en las áreas del país donde se realiza esta práctica, haciendo imposible identificar a los autores del ilícito.

La interviniente afirma que esta situación ha obligado al Estado a judicializar conductas que no se encontraban consagradas en el régimen legal previo, que resulten acordes con el estado de anormalidad que viene presentándose en el territorio nacional. Sugiere que la tarea del aparato estatal no puede limitarse a la ejecución de medidas de fuerza por parte del aparato coercitivo del Estado, sino que debe estar complementada por un régimen jurídico adecuado que permita frenar este flagelo. Subraya que las medidas adoptadas mediante el Decreto en cuestión están sustentadas en estadísticas sobre la incidencia negativa del hurto y contrabando de hidrocarburos en las cifras de la economía nacional.

En adición a lo anterior, la representante de la DIAN sustenta la constitucionalidad de las medidas en que se trata de herramientas adecuadas para garantizar la prosperidad general y la convivencia pacífica a los ciudadanos, sin que por su conducto se establezcan violaciones a los derechos fundamentales.

Agrega al respecto que, dada la remisión del Decreto 1900 de 2002 a las Leyes 599 y 600 de 2000, las previsiones en él contenidas son respetuosas del debido proceso y del derecho de defensa de quienes puedan resultar comprometidos en un proceso penal por hurto o contrabando de hidrocarburos.

En el caso particular de los tipos penales creados por el Decreto 1900, la interviniente afirma que éstos cumplen con los requisitos establecidos por la dogmática penal como elementos mínimos del tipo y agrega que con los mecanismos legales ordinarios con que cuenta el Estado para combatir el ingreso ilegal de hidrocarburos, los funcionarios competentes no están en capacidad de contrarrestar el incremento delincencial en la materia. De allí la necesidad de dotarlos de herramientas idóneas para frenar esta situación de anormalidad.

#### D. Intervención de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-

En representación de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, intervino en el proceso el Director Jurídico de la misma, Dr. Álvaro Mauricio Echeverry Gutiérrez, con el fin de solicitar a la Corte declarar exequibles las normas revisadas.

En concepto del referido director, el incremento inusitado que en los últimos meses ha sufrido el índice de actividades desarrolladas por grupos delincuenciales en contra de la seguridad del Estado y de la convivencia pacífica, motivaron la declaración de conmoción interior que se adoptó mediante Decreto 1837 de 2002.

En este contexto, ECOPETROL considera que aunque los medios ordinarios son los que deberían utilizarse para afrontar la crisis, la Corte Constitucional ha aceptado que la

declaración de conmoción interior puede servir para contrarrestar hechos usuales o crónicos que súbitamente presentan un alarmante grado de intensidad que amenaza la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana.

Señala que está comprobado que los grupos delincuenciales financian su organización y sus actividades con los ingresos que obtienen de los hidrocarburos y derivados hurtados o que son objeto de contrabando. Ello implica que las medidas adoptadas mediante el decreto de conmoción que se estudia estén encaminadas a conjurar esta crisis, pues la misma no se enfrentaría con similar eficacia acudiendo a los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado.

ECOPETROL se detiene a explicar cuál es la relación que existe entre el robo de hidrocarburos y sus derivados, con la financiación de los grupos delincuenciales. Manifiesta entonces que, según información de los organismos de seguridad, el hurto de hidrocarburos se ha incrementado dramáticamente, al punto que entre enero y julio de 2002 la empresa ha registrado pérdidas por cuantía de 72.5 millones de dólares, frente a 86 millones de dólares totales perdidos en el año 2001.

Dice que las pruebas demuestran una autoría de las guerrillas (FARC, ELN) y de los grupos de autodefensa de más del 90% de los ilícitos. Agrega que las pérdidas por hidrocarburos no corresponden sólo al material hurtado sino al dinero que es necesario invertir para recuperar los daños ocasionados en la perpetración del ilícito.

A lo anterior se suma el hecho de que una gran cantidad de los hidrocarburos hurtados está destinada a sostener el negocio del narcotráfico, pues parte del proceso de refinación de la cocaína se hace con gasolina o nafta. Según los cálculos de la empresa, la industria cocainera requiere de 415.000 barriles de gasolina al año para producir lo que actualmente genera y exporta.

En relación con el contrabando, dice que el país ha dejado de percibir alrededor de 169 millones de dólares entre 2001 y el primer semestre de 2002. En este aspecto, sostiene que las medidas legales precedentes no permitieron judicializar ni siquiera al 1% de los delincuentes detenidos, ya que las cuantías penalizables no lo permiten.

En adición a lo dicho, la Empresa adujo:

“Desde los puntos de vista estadístico, técnico, económico, ambiental y jurídico, es fácil demostrar la dramática situación que vive la sociedad colombiana alrededor de la problemática que afecta la infraestructura petrolera del país, la cual se ha visto vulnerada por los constantes ataques de organizaciones criminales que destruyen permanentemente puntos estratégicos de la misma o utilizan sofisticados mecanismos para introducir a Colombia gasolina desde países vecinos y para apoderarse ilegítimamente de los hidrocarburos de producción nacional y sus derivados, poniendo en peligro a la comunidad y produciendo, en muchos casos, incuantificables daños al medio ambiente y a la economía nacional.

“Estos delitos son cometidos por las organizaciones criminales que mayor daño le hacen al Estado, entre ellas, terroristas, los grupos armados al margen de la ley, los narcotraficantes, los carteles de la gasolina y la delincuencia común, quienes, actuando en la mayor parte de los casos en forma mancomunada, usan los hidrocarburos y sus derivados para hacer posible la actividad de sus ilícitas empresas, mediante la realización de conductas que envuelven peligro común, producen consecuencias ofensivas de efecto múltiple, mantienen aterrorizada a la población, ponen en peligro la vida de las personas, atentan contra la seguridad del Estado y producen inconmensurables daños al ecosistema y al medio ambiente, tal y como se expresa en el Decreto que declara la conmoción interior.

“Ante este panorama desolador y en presencia del súbito aumento de este tipo de delincuencia, la cual actúa al lado de una legislación que francamente se quedó corta en la represión de tan peligrosas conductas punibles de innegables consecuencias pluriofensivas, el Gobierno tomó la iniciativa de adoptar medidas de naturaleza excepcional, con el propósito de frenar el inusitado ataque a la infraestructura petrolera y el descarado desafío a las instituciones jurídicas y a la paz ciudadana, mediante el empleo de sólidas, drásticas y actuales acciones que le permitan al Estado afrontar con mayor energía y propiedad los retos de la criminalidad, para así rodear a la población, en general y a sus empresas, en particular, de la seguridad y estabilidad necesarias para la ejecución de sus actividades.”

Dice ECOPETROL que la situación que pretende combatir el Decreto 1900 ha generado gigantescos perjuicios para Colombia, que amenazan con llevarla a una crisis social de incalculables proporciones. “Los daños que causa la delincuencia tienen que ver con cuestiones económicas y ambientales, que se reflejan en las cifras plasmadas en los considerandos del Decreto 1900 de 2002, las cuales, como se dijo atrás, corresponden a un período determinado (2001 - primer semestre de 2002), en el que las pérdidas ocasionadas se incrementaron en por lo menos un treinta por ciento (30%).” Y agrega:

“Pese a los esfuerzos de los autores de las leyes 599 (Código Penal) y 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), no aparecen en dichos estatutos las previsiones necesarias para reprimir las mencionadas conductas dañinas, pues, en unos casos, no aparecen adecuadamente tipificadas y, en otros, se les aplican sanciones que no son lo suficientemente drásticas, incluso para los servidores públicos comprometidos en tales ilícitos.”

Junto a las consideraciones precedentes, ECOPETROL hace un recuento pormenorizado de los primeros artículos del Decreto 1900 de 2002, que se refieren a la tipificación de nuevas conductas delictivas, para concluir con que las mismas están vinculadas estrechamente con las razones que motivaron la declaratoria del estado de conmoción interior y que no suspenden ni suprimen los derechos fundamentales, como tampoco modifican la estructura del sistema penal vigente. Además, advierte que era necesario expedirlas por cuanto que la legislación ordinaria no ofrecía los medios óptimos para atacar las conductas que por esta normatividad de excepción se penalizan.

En relación con la exequibilidad de los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 1900, la Empresa señala que, de una parte, el artículo 11, que regula la administración que debe dársele a los bienes producto del hurto que son recuperados, no dispone medida que resulte contraria a la

Carta, toda vez que la norma no transfiere la propiedad de los bienes incautados a ECOPETROL sino que se limita a encomendar a la Empresa de petróleos la función de comercializar el hidrocarburo y de gestionar el negocio de la fiducia para la administración de los demás bienes recuperados.

Ello quiere significar –en términos de ECOPETROL- que, “en el evento de que se compruebe que los combustibles hurtados pertenecían lícitamente a cualesquiera de las compañías privadas autorizadas para comercializar hidrocarburos o sus derivados en el territorio nacional Ecopetrol cuenta con los mecanismos adecuados para, en desarrollo de las permanentes relaciones comerciales que mantiene con tales compañías, efectuar en favor de éstas los reembolsos a que hubiere lugar. Del mismo modo, los bienes utilizados para la comisión del delito que hubieren sido decomisados permanecerán aislados del patrimonio de Ecopetrol y del de cualquier otra entidad, administrados por la entidad fiduciaria, hasta tanto no haya sido declarada por la jurisdicción competente la extinción del dominio sobre los mismos.”

La medida adoptada en el artículo 13 del Decreto 1900, según la cual se ordena la distribución del hidrocarburo incautado por contrabando, se fundamenta en el reconocimiento de que ECOPETROL es la única entidad capacitada para almacenar, medir y transportar derivados del petróleo, por lo que aquella es la medida adecuada para manejar los hidrocarburos que han ingresado ilícitamente al país.

Las medidas que se adoptan para que ECOPETROL maneje los hidrocarburos, los bienes comprometidos con los ilícitos y los dineros recogidos por el mismo aspecto, encuentran su justificación en que la infraestructura que posee la entidad le permite evitar el deterioro de los bienes y la pérdida de los mismos, en detrimento de los intereses de la Nación. “De otra parte, la comercialización de los hidrocarburos o derivados de contrabando que sean aprehendidos por la DIAN se encomienda en el artículo 13 del Decreto a ECOPETROL, en condición de comodatario. Sólo el Estado, a través de una de sus entidades, es el agente natural para disponer de un bien que a diferencia del combustible hurtado en su origen no fue de propiedad estatal.”

Advierte además que la prohibición del artículo 359 de la Constitución Política de que haya rentas de destinación específica no se quebranta en esta ocasión, toda vez que dicha restricción no opera en estado de conmoción interior, pues en esta situación de excepcionalidad es apenas lógico que las rentas estén destinadas a atacar las causas de perturbación que originaron la declaratoria.

En lo que tiene que ver con el pago de recompensas por información que ayude a dar con la captura de individuos involucrados en los ilícitos contemplados en el Decreto 1900 de 2002, el interviniente afirma que “La Corte Constitucional en sentencia C-254-96 sostuvo que cuando un particular es el beneficiario final de unas sumas de dinero como producto de incentivos o estímulos económicos que otorgue el Estado, en cumplimiento de deberes constitucionales, no se está contrariando la prohibición del artículo 355 de la Carta de otorgar auxilios o donaciones a particulares<sup>1</sup>. Es indudable que esta medida incentiva a los ciudadanos a colaborar de manera solidaria con las autoridades públicas, lo cual permite atacar de fondo el hurto de combustible pues contribuye a su prevención y a facilitar la

acción inmediata por parte del Estado.”

Además, la repartición de los dineros recaudados con destino a los municipios y a la inversión social que ordenan los artículos 12 y 13 constituye una forma de satisfacer las necesidades de las personas que habitan en los municipios donde es incautado el hidrocarburo y una manera de acrecentar su bienestar para fortalecer la conciencia sobre la necesaria prevención y reducción de los delitos de hurto y contrabando.

Dice también que el dinero que ECOPETROL recibe por la comercialización del producto recuperado debe ser invertido en reparaciones y mantenimiento, por lo que no se entiende que el mismo ingrese en el presupuesto de la Empresa.

“Finalmente, el artículo 13 del Decreto señala que el 55% restante de lo aprehendido, será entregado por ECOPETROL en hidrocarburos o sus derivados, con destino a la Fuerza Pública o al Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, teniendo en cuenta la autoridad que participó en la aprehensión. Se resalta que lo que se entrega no son sumas de dinero sino el producto en especie”. Esta medida, dice para terminar, garantiza el refuerzo del sistema de seguridad necesario para evitar el continuo saqueo de los recursos públicos.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, rindió concepto de rigor indicando lo siguiente:

En cuanto a los requerimientos formales exigidos para la expedición de decretos legislativos, la vista fiscal estima que ellos se cumplieron, en cuanto el Decreto 1900 de 2002 fue expedido en desarrollo del Decreto 1837 del mismo año, lleva la firma del Presidente de la República y de todos los ministros y fue dictado dentro del límite temporal de la declaración de conmoción interior.

Dentro del examen del contenido material del Decreto 1900 de 2002, el concepto Ministerio Público incluye el análisis de la motivación del mismo, así como el de las facultades del Gobierno para tipificar conductas delictivas, modificar las existentes y para introducir cambios a las normas de procedimiento penal que sean necesarios para contrarrestar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Sobre este último punto la vista fiscal estima que en virtud de lo dispuesto por artículo 44 de la Ley estatutaria 137 de 1994, declarado exequible por esta Corporación mediante Sentencia C-179 de 1994, es indiscutible que dentro del estado de conmoción interior el Gobierno tiene tales atribuciones; sin embargo, señala el Procurador, las mismas deben ejercerse sin desconocer los parámetros fijados en la norma estatutaria citada y en los artículos 213 y 214 de la Constitución.

Al parecer de la vista fiscal, algunas de las regulaciones punitivas efectuadas por el Gobierno en el Decreto 1900 de 2002 no guardan una relación de conexidad directa con las causas invocadas para la declaración del estado de conmoción interior, por lo cual, en el caso de ciertas disposiciones, resultan desconocidos los artículos 214 de la Carta y 44 literal a) del la

Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción. En efecto, sostiene el concepto, aquella norma superior exige que las medidas que adopte el Gobierno “guarden una relación directa y específica de conexidad con las causas que fueron aducidas como perturbadoras del orden público y que tengan por finalidad eliminar o contrarrestar sus efectos, exigencia que no es cumplida por la totalidad de las disposiciones del aludido Decreto legislativo.

En cuanto al tipo penal contenido en el artículo 1° del mencionado Decreto, referente al delito de “daño a la infraestructura”, el señor procurador estima que el mismo sí guarda relación directa y específica con las causas invocadas por el Gobierno para declarar el estado de conmoción interior, toda vez que dentro de estos motivos se señaló el de la necesidad de tomar medidas para prevenir y sancionar actos de terrorismo, como aquellos dirigidos contra la infraestructura de los servicios esenciales de energía, dentro de la cual se encuentra la de transporte de combustible. Siendo así, a su parecer resulta válido que el Gobierno sancione penalmente a quienes dolosamente causan daños a tal infraestructura.

Sobre este mismo punto, la vista fiscal añade que aunque la conducta de perpetrar daños a obras o elementos de la infraestructura energética referente a hidrocarburos ya estaba penalizada en la legislación ordinaria como un delito contra la seguridad pública, es constitucionalmente procedente que el Gobierno, ante la insuficiencia de las respectivas normas durante la situación de conmoción, aumente la pena fijada para la misma, de modo que no escape de sanción ningún acto que con fines terroristas atente contra dicha infraestructura energética. No obstante, el concepto precisa que teniéndose en cuenta que el estado de conmoción interior se fundamenta en la intensificación de actividades “que siembran terror”, el incremento de las penas para la conducta de “daños a la infraestructura” sólo puede ser aplicable cuando se realice por “grupos armados ilegales o con fines terroristas”. Así, si la misma actividad es llevada a cabo por la delincuencia común y no por este tipo de organizaciones, para la vista fiscal la sanción imponible debe ser la que corresponde a la legislación ordinaria, esto es al artículo 357 del Código Penal. En tal virtud, el Gobierno, dice el procurador, no podía suspender totalmente la aplicación de ese artículo “pues al hacerlo está sometiendo a quienes no hacen parte de grupos criminales y terroristas, esto es, a la delincuencia común, a la normatividad que pretende erradicar aquellas organizaciones, ampliando de manera injustificada el alcance de las normas de conmoción interior”.

Con fundamento en estas consideraciones, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los artículos 1° y 142 del Decreto 1900 de 2002, “este último bajo el entendido que la suspensión sólo tiene efectos respecto de las conductas imputables realizadas por miembros de grupos armados ilegales, y cuando las mismas se ejecutan con fines terroristas”.

En lo que concierne a los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y derivados, el concepto fiscal estima que los mismos no tienen relación directa y específica con las causas perturbadoras del orden público, ni son útiles para evitar la extensión de sus efectos. En fundamento de este aserto el Procurador aduce que al examinar las causas que llevaron a declarar la conmoción interior, solamente la relativa al incremento de los actos terroristas y criminales de las organizaciones delincuenciales contra la infraestructura de los servicios esenciales de energía soporta las facultades gubernamentales para adoptar medidas penales

como las que se toman el Decreto 1900 de 2002. En este punto insiste en que la conmoción interior tiene por finalidad “neutralizar las actividades terroristas de los grupos al margen de la ley que buscan desestabilizar las instituciones” y que “de dichas actividades no hacen parte ni el hurto ni el contrabando de hidrocarburos y sus derivados, aunque ciertamente tales organizaciones criminales se nutran, mediante la extorsión a quienes la desarrollan, de recursos destinados a su financiación”.

Sobre este tema el concepto fiscal afirma que en cuanto el hurto y contrabando de hidrocarburos y derivados no generan terror y zozobra en la comunidad, ni están directamente encaminados a desestabilizar al Estado, a violar los derechos humanos o las normas del Derecho Internacional Humanitario, ni a desconocer el principio democrático, y dado que usualmente esta práctica es llevada a cabo por la delincuencia común y sólo excepcionalmente por quienes conforman los grupos armados ilegales, el Gobierno no tenía facultades para tipificar tales conductas de manera especial, ni para incrementar las penas. En sentir del Procurador, las organizaciones delincuenciales obtienen algunos recursos provenientes del hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, pero no de manera directa, sino mediante la extorsión o boleteo a personas que sí realizan las acciones sancionadas penalmente en los artículos 2 a 7 del Decreto legislativo 1900 de 2002, la cuales vendrían a ser los destinatarios de las mismas.

Ahora bien, para el Ministerio Público no es de recibo el argumento relativo a que tales actividades delictivas constituyen una fuente importante de financiación de las organizaciones delincuenciales, pues esa fuente de ingresos no fue mencionada en el Decreto 1837 de 2002 como origen de los fondos que alimentan a las mismas, ya que en este sólo se hizo alusión al narcotráfico, el secuestro y la extorsión como causas del lucro de dichas organizaciones. Además, tampoco puede sostenerse que las medidas punitivas adoptadas por el Gobierno en el Decreto 1900 de 2002 encuentren su justificación en la necesidad de restringir el acceso de las organizaciones delincuenciales a los recursos financieros provenientes de cualquier actividad ilícita de la que indirectamente obtengan tales ingresos, pues en ese orden de ideas, al amparo de las facultades de conmoción interior podrían incrementarse las sanciones de cualquier clase de ilícitos cuando fueran realizados por grupos alzados en armas. Es decir, para el Ministerio Público dentro de las causas de perturbación aducidas por el Gobierno para decretar la conmoción interior no se encuentra el incremento de cualquier actividad delictiva que tenga una “relación tangencial y no directa, posible o eventual y no necesaria” con la actividad de los grupos armados, sino exclusivamente el incremento de los “actos criminales y terroristas efectuados por organizaciones con el fin de desestabilizar el orden y las instituciones del Estado”. Por ello no es posible aumentar las penas para cualquier clase de delito, sino exclusivamente para los que tienen una relación directa y específica con el hecho generador de la perturbación del orden público.

Con fundamento en los criterios anteriormente expuestos, la vista fiscal solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Decreto 1900 de 2002, así como los artículos 9, 10, 11, 12 y 13 del mismo Decreto, que contemplan medidas procesales respecto de los sindicados por los delitos de hurto y contrabando.

Hecha la anterior solicitud, el Procurador manifiesta que bajo la consideración de la

permanencia en el ordenamiento del delito de “daños a la infraestructura”, único que estima como ajustado a la Constitución, el tipo penal de “favorecimiento de servidor público” resulta razonable pero sólo en relación con dicho reato, toda vez que, estando los servidores públicos llamados a proteger los bienes del Estado y colaborar en el mantenimiento del orden público, viene a ser gravemente censurable que presten su colaboración para que grupos al margen de la ley atenten contra la infraestructura energética de hidrocarburos. Por lo anterior el Ministerio Público pide a la Corte declarar la conformidad con la Carta del artículo 8° del Decreto 1900 de 2002.

## CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las decretos dictados en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 213 de la Constitución, según lo dispuesto en los artículos 214, numeral 6º y 241 numeral 7º de la Carta Política.

### Examen formal

2. El examen formal del decreto 1900 de 2002 se reduce a verificar que haya sido firmado por el Presidente de la República y sus ministros, como lo manda el artículo 213 de la Carta. La Corte no observa irregularidad alguna en este aspecto, como quiera que el Decreto fue firmado por todos los ministros y el Presidente de la República.

Debe señalarse que el hecho de que algunos ministerios estén encargados a los ministros de otras carteras, en nada afecta la constitucionalidad formal del decreto, pues el requisito está dirigido a que el gobierno, en el sentido indicado en el artículo 115 de la Constitución, participe de la decisión de declarar el estado de conmoción interior. Así, se trata de una decisión colegiada, reservada a aquellas personas que tienen funciones políticas: los ministros, sea que sean directores de una sola entidad o varias.

En conclusión, el decreto es constitucional por este aspecto.

### Examen de fondo

3. El Decreto sometido a revisión ante la Corte Constitucional tiene por objeto establecer tipos penales relacionados con el hurto, contrabando y depósito de combustibles y hurto de elementos identificadores de combustibles, así como medidas procesales relacionadas con la captura de combustibles hurtados, depositados ilegalmente o contrabandeados. Para efectos de adelantar el examen material del Decreto 1900 de 2002, la Corte (i) establecerá los límites y alcances de la competencia gubernamental durante los estados de excepción, para crear y modificar tipos penales y para aumentar o disminuir penas (art. 44 de la Ley 137 de 1994) y (ii) analizará las disposiciones concretas.

### Marco normativo durante los estados de excepción.

4. El artículo 44 de la Ley 137 de 1994 faculta al gobierno nacional, durante el estado de conmoción interior, para “tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas”. Una

lectura literal de esta disposición llevaría a la conclusión de que no existen límites, salvo los dispuestos en el mismo artículo 44, para que el gobierno nacional pueda ejercer tales facultades. Esta interpretación resulta incompatible con la Constitución, pues ella no se suspende durante el estado de excepción, sino que es presupuesto para su existencia. La Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía funciones de control constitucional, había adoptado esta misma posición:

“El Estado de Sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En Estado de Sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen”<sup>3</sup>.

En la misma oportunidad, la Corte Suprema indicó que era necesario distinguir entre normas que “rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación” y aquellas que “prevén limitaciones temporales por razón del” estado de excepción. Las pertenecientes al último grupo, señaló, “es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal”. En esta misma línea de argumentación, que recoge la tradición jurídica colombiana, la Corte deberá precisar, en primera medida, cuales son las restricciones ordinarias al poder punitivo del Estado, para luego ocuparse de aquellas especiales que se imponen al Gobierno Nacional durante los estados de excepción y, en particular, durante la conmoción interior.

Restricciones constitucionales al poder punitivo del Estado.

5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”<sup>4</sup>.

En esta perspectiva, la Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”<sup>5</sup>. Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal<sup>6</sup>. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i)

que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)<sup>7</sup> y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”<sup>8</sup>. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca<sup>9</sup>.

5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos<sup>10</sup>, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional<sup>11</sup>. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales<sup>12</sup>, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia<sup>13</sup> y, en general, el bloque de constitucionalidad.

5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad<sup>14</sup> del tipo, así como de la sanción<sup>15</sup>. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional. En sentencia C-709 de 1996, la Corte analizó el tema de la idoneidad del tipo penal descrito en el artículo 143 del Decreto 100 de 1980 (modificado por el artículo 24 de la Ley 190 de 1995), para concluir que el beneficio derivado de la denuncia del hecho punible por parte de alguno de los participantes en el mismo, tenía por efecto dejar desvalido el bien constitucional “moralidad pública”. En similar sentido se pronunció en sentencia C-177 de 2001, en la que se estableció que la definición del tipo penal de genocidio tenía por efecto desproteger los derechos constitucionales, en particular la vida e integridad física, de un grupo de personas. Es decir, el tipo no resultaba idóneo para la protección de los derechos constitucionales de los colombianos. En punto a la proporcionalidad, en sentencia C-070 de 1996, la Corte señaló que en el plano constitucional equivalía a un corolario del principio penal de antijuridicidad, y a un control sobre el exceso del ejercicio del poder punitivo del Estado:

“10. Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible

y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

El cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (CP art. 2), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (CP art. 6). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

Por último, las medidas que se adopten para el restablecimiento de la normalidad en los estados de excepción “deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”, con lo cual el Constituyente ha querido evitar los excesos que puedan presentarse en la utilización de facultades legislativas por parte de autoridades ejecutivas en desmedro de los derechos y libertades ciudadanas (CP art. 214). El principio de proporcionalidad prefigura y condiciona materialmente el ejercicio de las facultades de excepción. Su constitucionalidad se fundamenta no sólo en la necesaria conexidad con los hechos constitutivos de los estados de conmoción sino además con la adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la situación de anormalidad. El principio de proporcionalidad demarca el ámbito de posibilidades de las atribuciones presidenciales de excepción.”

Resulta decisivo para efectos de la presente decisión, el hecho de que la Corte hubiese “derivado jurisprudencialmente” el principio de proporcionalidad, entre distintas disposiciones, del artículo 214 de la Carta, relativo a las restricciones al ejercicio de las facultades derivadas de la declaratoria del Estado de Guerra o de la Conmoción Interior. Lo anterior, puesto que dicha derivación (aunado al expreso mandato constitucional) refuerza la obligatoriedad de la observancia del principio de proporcionalidad frente al poder punitivo del Estado.

6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder

punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva.

Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de excepción.

7. El régimen de facultades gubernamentales durante los estados de excepción se encuentra definido en la propia Constitución. Por expreso mandato constitucional, además, se han precisado algunas facultades y establecido limitaciones adicionales a las constitucionales en la ley estatutaria sobre la materia. A lo anterior se suma la obligación de respetar el complejo del bloque de Constitucionalidad<sup>16</sup>. La Corte Constitucional ha precisado que el régimen de los estados de excepción se sustenta, principalmente, en la necesidad de lograr la efectiva protección de los derechos de los colombianos. Ello envuelve una paradoja, pues se admite que dicha protección supone la posibilidad de restricciones a los derechos. En sentencia C-179 de 1994, la Corte sostuvo al respecto:

“Los Estados de excepción o de turbación del orden exigen, entonces, normas que se adecuen a la nueva situación. Se trata, de normas generalmente más drásticas, vale decir, de un poder disuasivo mayor y más restrictivas de la libertad jurídica.

No obstante su naturaleza restrictiva, dentro de un Estado de derecho las normas de excepción han de mantener el sello que a éste le es inherente, a saber: 1. el gobernante, no obstante su mayor poder discrecional, está sujeto a control en todos los actos que, dentro de la nueva situación realice, y 2. la restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Es lo que pudiéramos llamar la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes. Esa circunstancia brinda un insustituible criterio de control de los actos del gobernante investido de poderes excepcionales, y es éste el criterio que ha de guiar a la Corte en el examen de constitucionalidad de la presente ley estatutaria. Prescindir de ese criterio, conduce a trocar el Estado de derecho en una forma de organización política que lo contradice y desnaturaliza.” (negritas fuera del texto).

En directa relación con lo anterior, la Constitución únicamente autoriza la limitación de los derechos constitucionales de las personas. En ningún caso su suspensión (C.P. arts. 93 y 214). De ello se desprende que el gobierno goza de la facultad para establecer un régimen más restrictivo que el ordinario para el goce de los derechos, lo que supone una obligada revisión de las restricciones ordinarias en materia del ejercicio del poder punitivo del Estado durante estos estados excepcionales, pues el respeto por los derechos constitucionales y los juicios de idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad, no pueden resultar idénticos, habida consideración de la facultad gubernamental de establecer restricciones más intensas. Ello, por otro lado, deja abierta la pregunta sobre los límites a dicha facultad.

Restricciones relativas a la definición de tipos penales durante el estado de conmoción.

8. Los estados de excepción son situaciones previstas y consentidas por la Constitución. En lugar de esperar la ruptura completa del orden constitucional, la Constitución prevé una situación de anormalidad constitucional, en la que se invierte el principio democrático, facultando al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley. Como quiera que se trata de una situación anómala, y una afectación grave del principio democrático, la Carta impone una serie de condicionamientos y restricciones<sup>17</sup>. De ellas, se deriva la interpretación restrictiva de las facultades gubernamentales, única opción compatible con la democracia<sup>18</sup>.

Tales restricciones, en materia punitiva, tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y, (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.

8.1 Principio de restricción material o la definición constitucional de los bienes jurídicos tutelados. Como se indicó anteriormente, el Gobierno encuentra una primera limitación en la definición del tipo penal, en lo que a los bienes jurídicos tutelados respecta. Estos, invariablemente habrán de ser la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

La declaración de conmoción interior no está sujeta a la arbitrariedad del gobierno. Por el contrario, la Carta ha establecido condiciones fácticas específicas bajo las cuales es legítimo el recurso de la conmoción interior<sup>19</sup>. Tales condiciones específicas describen graves afectaciones a bienes jurídicos elevados a categoría constitucional: la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana (C.P. art. 213), y que integran, en punto a la conmoción interior, el “contenido material del orden público”<sup>20</sup>. De ahí que, únicamente si se presenta un atentado grave contra dichos bienes jurídicos, que se manifiestan en una “grave perturbación del orden público que atente de manera inminente” contra ellos y que “no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”, puede el gobierno decretar el estado de conmoción interior. Esto implica que la protección de tales bienes jurídicos, definen materialmente el ámbito de competencia que se otorga al gobierno. No podrá, en consecuencia, regular o adoptar medidas que no estén dirigidas a la protección de los mencionados bienes jurídicos, siempre y cuando estén efectivamente afectados. En sentencia C-802 de 2002, la Corte recordó que:

“...se debe tener en cuenta que las graves alteraciones del orden público no siempre tienen las implicaciones requeridas para poner en peligro la existencia misma de una democracia constitucional. El que esas graves alteraciones del orden público no sean deseables no impide que efectivamente se presenten y de allí por qué en tales casos deba acudir a las

herramientas jurídicas ordinarias con que cuenta el Estado de derecho para superarlas. Esto es entendible pues el régimen político y jurídico no puede ser ajeno a las tensiones sociales en cuanto ellas hacen parte de la misma dinámica social. Por ello, todo ordenamiento jurídico contempla, dentro de su normalidad institucional, herramientas adecuadas para afrontar y superar esos retos.”

En el ámbito penal, ello implica que el poder punitivo del estado que puede desarrollar el gobierno, se limita a la tipificación de aquellas conductas o modificación de los tipos penales existentes, incluyendo expresamente como objeto de protección los citados bienes jurídicos. No podrá, por lo mismo, crear tipos o modificar los existentes, si no existe relación alguna entre el tipo penal y la protección de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Ello no significa que al Gobierno le resulte vedado la protección de otros bienes jurídicos. Simplemente, que dicha protección, en todo caso, tiene que acompañar una protección directa a los citados bienes jurídicos definidos constitucionalmente. La protección autónoma de los restantes bienes jurídicos, está absolutamente reservada al legislador.

Los bienes jurídicos estabilidad institucional, seguridad del Estado y convivencia ciudadana, deben entenderse en función de las obligaciones que la Constitución imponen al Estado. En particular, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (C.P. art. 2); es decir, la preservación del orden constitucional (goce efectivo de los derechos constitucionales) y el régimen democrático.

Así las cosas, los mencionados bienes jurídicos apuntan a distintos elementos que permiten al Estado la realización de sus funciones constitucionales. En primera medida, su propia existencia (seguridad del Estado); en segundo lugar, la capacidad institucional para realizar, dentro del marco constitucional y legal, las funciones estatales dirigidas a gozar de los derechos y lograr un “orden justo” o, lo que es lo mismo, protección de la normalidad funcional del Estado (estabilidad institucional); y, finalmente, la protección del goce efectivo de los derechos (convivencia ciudadana). En este orden de ideas, no puede olvidarse que la Corte ha señalado que el concepto de orden público no se limita a la restricción de derechos:

“El criterio de ver al mantenimiento del orden público como una restricción de los derechos, es algo ya superado. El orden público, en primer término, es una garantía de los derechos y libertades comprendidos dentro de él. El Estado social de derecho, se fundamenta en el orden (parte estática) y produce un ordenamiento (parte dinámica). En la parte estática entra la seguridad de la sociedad civil dentro del Estado, y en la parte dinámica la acción razonable de las libertades. Luego el orden público supone el ejercicio razonable de la libertad. Es así como el pueblo tiene derecho al orden público, porque éste es de interés general, y como tal, prevalente.

Para la Corte es claro que el orden público no sólo consiste en el mantenimiento de la

tranquilidad, sino que, por sobre todo, consiste en la armonía de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado. La visión real del orden público, pues, no es otra que la de ser el garante de las libertades públicas. Consiste, para decirlo con palabras de André Hauriou, en la coexistencia pacífica entre el poder y la libertad. No hay libertad sin orden y éste no se comprende sin aquella. Libertad significa coordinación, responsabilidad, facultad de obrar con conciencia de las finalidades legítimas, y no desorden, anarquía o atropello. Toda situación de inseguridad, anula la libertad, porque el hombre que se ve sometido a una presión psicológica, que le lleva al miedo de ser agredido por otros, constantemente y sin motivo, no es verdaderamente libre. El orden público, entonces, implica la liberación del hombre, porque le asegura la eficacia de sus derechos, al impedir que otros abusen de los suyos.”<sup>21</sup>

Por otra parte, tampoco puede desconocerse que el concepto de orden público, aunque entraña un importante caudal de información empírica, su valoración está sujeta a condiciones normativas, en particular, a su compatibilidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La Corte ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto en sentencia C-300 de 1994, en la que señaló que la valoración negativa (capacidad desestabilizadora) de la liberación de un alto número de personas sindicadas de realizar actos punibles como narcotráfico, terrorismo, etc., no podía asumirse como una alteración del orden público, pues suponía el desconocimiento, entre muchos, del derecho a la presunción de inocencia. Así, opera una limitación adicional en relación con la restricción material, pues las conductas que se estiman amenazantes de los bienes jurídicos mencionados y con capacidad de alterar el orden público, deben valorarse de manera compatible con la Constitución (C.P. art. 4).

8.2 Principio de finalidad –competencia para conjurar peligros concretos-. Tal como se señaló antes, en la definición del tipo, el Gobierno está limitado a describir conductas que pongan en peligro directo el orden público. Esta restricción, entonces, no apunta a la delimitación de los bienes jurídicos tutelados, sino a los criterios que puede utilizar el Gobierno para describir la conducta turbadora del orden público. Como se explicará en lo que sigue, no son admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden público, sino que se demanda una precisión sobre la capacidad concreta de alterar en forma grave el orden público.

En términos ordinarios, el juicio de razonabilidad supone que las medidas que adopte el legislador (sea ordinario o excepcional) sean idóneas para el fin que persigue la norma. Se trata, como se analizará más adelante, de un juicio de racionalidad de la medida<sup>22</sup> y que difiere del principio de finalidad aquí expuesto, que busca definir, a partir de presupuestos normativos y no de un juicio de adecuación de medios a fines, qué clase de conductas se pueden tipificar y bajo qué condiciones. Tal como lo analizó la Corte, en sentencias C-709 de 1996 y C-177 de 2001 la descripción de los tipos penales debe estar efectivamente dirigida a proteger los bienes jurídicos constitucionales involucrados en el tipo penal. Así, en el primer evento la Corte declaró la inexecutable parcial de un tipo penal, en la medida en que no garantizaba la protección del bien constitucional moralidad pública, mientras que en la segunda sentencia, la decisión se derivó de la ineptitud del tipo para proteger de manera igual ciertos derechos fundamentales de los asociados. El juicio de finalidad que surge de estas decisiones (que bien podría incluirse en el juicio de razonabilidad) adquiere una

dimensión distinta tratándose del estado de conmoción.

El artículo 213 de la Carta dispone que la inminencia de la afectación de los bienes constitucionales de convivencia ciudadana, seguridad del Estado y estabilidad institucional es un requisito normativo para declarar el estado de conmoción interior. La Corte, tal como se precisó en sentencia C-802 de 2002, no considera que dicha inminencia se refiera a circunstancias temporales, como el carácter súbito de las amenazas a los bienes, sino, por el contrario, que se trata de un peligro real y concreto. Es decir, no es la posibilidad abstracta y teórica de la amenaza a los bienes jurídicos en cuestión, sino que se debe probar que existe una amenaza concreta a los mismos, identificándose así los posibles agresores y las conductas que implican la concreción del peligro.

En este orden de ideas, la Corte entiende que la inminencia del peligro se traduce en una restricción sobre las medidas que se estiman idóneas para enfrentar las causas del mismo: únicamente serán idóneas, en este contexto, aquellos tipos penales que enfrenten situaciones o peligros inminentes a los bienes jurídicos tutelados en la Constitución. La Carta manda al gobierno que prevenga los concretos peligros existentes a los que se enfrenta la tutela de los bienes jurídicos mencionados. Traducido a la dogmática penal, ello equivale a la exigencia de que los tipos penales, aunque se contemplen como pluriofensivos, deben contener elementos que permitan identificar conductas que, de forma inmediata y directa, ponen en peligro tales bienes jurídicos. Así, el gobierno, al crear tipos penales, debe identificar claramente la conducta que, de manera cierta, atenta contra los bienes jurídicos tutelados y que deben enfrentarse (motivación de la declaración de conmoción interior). Es decir, deben contemplar tipos penales de peligro concreto.

### 8.3 Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro concreto.

8.3.1. La moderna sociedad de riesgo ha transformado profundamente los conceptos tradicionales del derecho penal y la política criminal. El abandono de los principios seculares de un derecho penal liberal y la expansión de la intervención punitiva del estado en muchos ámbitos, es una de sus características. La necesidad de controlar los inmensos riesgos que se originan en la época que más adelantos tecnológicos ha producido en la historia de la humanidad, hizo indispensable anticipar la protección de los bienes jurídicos a una etapa anterior al efectivo menoscabo de los valores fundamentales de una sociedad.<sup>23</sup> Para ello se utiliza, entre otros instrumentos, la técnica de los tipos de peligro, que se caracterizan porque la punibilidad de un comportamiento no depende de la efectiva lesión del objeto de protección penal, sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo.

Cuando el Estado decide anticipar el ámbito de protección a una etapa anterior a la vulneración efectiva de un bien jurídico, puede emplear básicamente dos alternativas:

i) Hacer punible una simple actividad peligrosa que, en virtud de una valoración anticipada del legislador se considera necesaria de intervención penal. Se trata de los llamados delitos de peligro abstracto, en los cuales la simple realización de la actividad prohibida es relevante para el tipo, sin que se requiera verificar que realmente ha producido una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos<sup>24</sup>.

En los delitos de peligro abstracto, el legislador, a priori, considera peligrosa una determinada actividad. Por ende, el eje central de su construcción, generalmente gira en torno a la infracción de normas administrativas. Por esta razón, otra de sus características es el diseño de una administración centralizada de los riesgos, en el sentido que el tipo señala la infracción de determinadas reglas técnicas (v.gr la infracción de la prohibición de manejar embriagado) como constitutivas de una conducta punible. Esto implica que, en vez de acudir al clásico derecho de policía, señalando sanciones para el caso del incumplimiento de las normas administrativas, hay una huida hacia el derecho penal para responder a esta clase de comportamientos<sup>25</sup>.

ii) Frente a los delitos de peligro abstracto, surgen los delitos de peligro concreto, en los cuales no basta con la realización de una conducta prohibida por el ordenamiento, sino que se requiere fundamentalmente la presencia de un elemento adicional: que en el caso concreto, el juez determine si esa situación peligrosa prohibida por el tipo penal, efectiva y realmente ha generado un peligro próximo para el bien jurídico<sup>26</sup>. Urs Kindhäuser sostiene que, mientras en los delitos de peligro abstracto falta la característica del peligro en el tipo, en los delitos de peligro concreto se exige la causación de un peligro para el bien jurídico. Peligro que se predica no de la actividad en sí misma, sino de las consecuencias que de ella se derivan<sup>27</sup>. Es decir, se exige un resultado de peligro.

8.3.2. Otra influencia de la sociedad de riesgo en el derecho penal, es el replanteamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela. En efecto, a los conocidos bienes jurídicos individuales (v.gr la vida, la integridad personal, el patrimonio económico) y colectivos (v.gr la seguridad interior del estado, la seguridad en el tráfico o la salud pública), se agregan unos nuevos, denominados bienes jurídicos intermedios o de referencia individual, en los cuales se protegen bienes suprapersonales o universales, en la medida en que su vulneración represente un peligro o lesión para bienes de contenido individual<sup>28</sup>. Por ejemplo, la conducción en estado de embriaguez (conducta que atenta contra la seguridad en el tráfico) es punible sobre la base de que represente un peligro próximo para la vida e integridad de los transeúntes (conducta que atenta contra un bien individual)<sup>29</sup>. Estos tipos penales que protegen bienes jurídicos intermedios, pueden ser de lesión con respecto al bien jurídico colectivo y de peligro en lo que se refiere al bien individual (delitos de lesión-peligro) o al contrario: de peligro con respecto al bien jurídico colectivo y de lesión frente al bien individual (delitos de peligro-lesión).

8.3.3. Si bien el legislador ordinario, dentro de su amplio margen de discrecionalidad puede utilizar la técnica que más convenga a la política criminal del estado, obviamente dentro de los límites que la Constitución le impone, en materia de conmoción interior -surgen como se dijo anteriormente- unas limitaciones especiales, relacionadas con el bien jurídico que protege la legislación excepcional y la naturaleza del peligro para los mismos. Con base en esta premisa, podemos obtener dos conclusiones:

i) En primer lugar, no puede proteger exclusivamente bienes de naturaleza individual, porque la propia Constitución señala que los actos que perturben el orden público deben tener la característica de afectar la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. En consecuencia, puede optar por la expedición de tipos que protejan básicamente el mantenimiento de la estabilidad institucional, la seguridad o la convivencia, o

por proteger conjuntamente estos bienes, con bienes de naturaleza individual.

ii) En segundo lugar, que debe tratarse de un peligro próximo para la estabilidad institucional o la seguridad ciudadana, porque la Constitución misma cualificó el peligro, al señalar la procedencia de la medida ante la existencia de un peligro inminente para las instituciones señaladas en la Carta.

Debe tratarse de un peligro concreto, porque no basta con que el autor hubiere realizado una conducta de lesión para un bien jurídico (v.gr afectar la vida de una persona, o el daño a la infraestructura energética), sino que además, siempre se requiere la prueba de que ha surgido un peligro próximo para la estabilidad institucional que se trata de salvaguardar con la conmoción interior. No basta con que el legislador tipifique una situación de peligro para esos bienes, porque el juez debe verificar en el caso concreto, si las conductas están en relación directa con las causas y motivos que expresamente se señalaron en el decreto que declaró la conmoción. Decreto que señala un marco de limitación adicional al señalado en la Carta, en el bloque de constitucionalidad y en la ley estatutaria.

8.4 Principio de necesidad -motivación de la relación de conexidad y deber de reflejar dicha conexidad respecto de los sujetos activos de los hechos punibles (exigencia de una diferenciación suficiente)-. Este principio apunta a exigir al Estado que exprese claramente las razones por las cuales se estima que determinadas conductas, realizadas por ciertas personas, tienen capacidad de alterar el orden público y amenazar los bienes jurídicos tutelados durante el estado de conmoción interior. El artículo 8 de la Ley 137 de 1994 establece el deber del Estado de “señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales, de manera tal que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarios”. Así mismo, en relación con la necesidad, el artículo 11 de la misma ley dispone que “los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”<sup>30</sup>.

El principio de necesidad que se analiza en este momento se deriva no del juicio de razonabilidad -que será analizado más adelante-, sino del hecho de que la Carta limita las facultades gubernamentales a aquellas “estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos” (C.P. art. 213). La Corte entiende que el principio de necesidad que se deriva de esta cláusula constitucional y en armonía con los deberes indicados en los artículos 8 y 11 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, en lo que al poder punitivo se refiere, supone la carga gubernamental de establecer una relación directa entre la amenaza de los bienes jurídicos tutelados y las conductas que generan dicha amenaza. Así, mientras el principio de finalidad impone diseñar tipos penales de peligro concreto, el juicio de necesidad obliga a establecer cómo tales conductas generan un peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados. Esto se explica por el hecho de que el gobierno no es libre para determinar conductas que estime amenazantes de los bienes jurídicos tutelados, sino que su competencia se restringe a conjurar una amenaza cierta de los mismos. Esto se traduce en la obligación de hacer explícita la situación que se pretende enfrentar. Esta carga de hacer explícitas las razones, por otra parte, pone de manifiesto la diferencia entre las competencias ordinarias del legislador y las excepcionales del Gobierno,

pues el primero puede argüir meras consideraciones de conveniencia, mientras que el segundo únicamente puede exponer razones de imperiosa necesidad, con lo que se refuerza el carácter limitado de sus competencias y facultades.

En cuanto a la definición del tipo penal, lo anterior se traduce en restricciones sobre los sujetos activos de los tipos penales. El gobierno deberá restringir la definición del tipo penal a aquellas personas -aunque de manera abstracta- que generen la amenaza cierta y concreta a los bienes jurídicos tutelados, conforme al análisis y apreciación que el gobierno hizo de la situación fáctica al momento de declarar el estado de conmoción. Así, el gobierno deberá distinguir claramente entre conductas que fácticamente sean similares, pero no tienen capacidad de amenaza de los bienes jurídicos estabilidad institucional, seguridad del Estado o convivencia ciudadana. Únicamente puede perseguir aquellas que inequívocamente pongan en peligro los mencionados bienes jurídicos, sin incluir las conductas de personas que resulten inofensivas en la relación causal indicada.

En materia ordinaria, la Corte ya había abordado una cuestión similar, al exigir en materia de igualdad la existencia de clasificaciones suficientes. En sentencia C-619 de 1996, la Corte estableció el siguiente patrón de análisis:

“7. En la esfera del mercado de trabajo, una clasificación se revela objetiva y razonable cuando, en virtud de la finalidad legítima perseguida, resulta suficiente. Una diferenciación suficiente es aquella en la cual la norma que establece distinciones fundadas en criterios de idoneidad incluye, dentro de la categoría de personas habilitadas para ejercer una determinada profesión, a aquellas objetivamente capacitadas y excluye, exclusivamente, al grupo que amenazaría los derechos o intereses legítimos de terceras personas que la norma pretende proteger. Por el contrario, si se toma en consideración la finalidad de la norma, una clasificación insuficiente sería aquella que, dada su amplitud, incluye, dentro del grupo de personas habilitado para ejercer determinada profesión u oficio, a una categoría que no está objetivamente capacitada para ello, poniendo en riesgo los intereses y derechos que la disposición busca garantizar. También se revela insuficiente aquella clasificación que, al ser excesivamente restringida, excluye del grupo de personas consideradas idóneas, a una categoría que, objetivamente, está en capacidad de adelantar las labores de que trata la disposición, sin arriesgar los bienes cuya protección se procura.”

En esta misma línea de argumentación, la obligación de incluir únicamente las conductas que inequívocamente se dirigen a afectar los bienes jurídicos tutelados durante la conmoción, significa que el Gobierno está obligado a diseñar un tipo penal que satisfaga el criterio de suficiente distinción. Así, se revelará insuficiente (y por lo tanto innecesaria, en cuanto no parte de la relación causal que se pretende enfrentar) el tipo penal que dada su amplitud, incluye, dentro del grupo de conductas perseguidas, aquellas que no afectan tales bienes jurídicos. No puede, por otra parte, imponer que se persigan todas las conductas que pongan en peligro la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana o la seguridad del Estado. Solamente podrá tipificar, las que en forma directa estén relacionadas con las causas y motivos que en concreto dieron lugar a la conmoción.

8.5 Estricta razonabilidad y proporcionalidad. En sentencia C-070 de 1996 la Corte estableció que el principio de proporcionalidad se deriva del artículo 214 de la Constitución, que dicta

que “las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”. El juicio de estricta proporcionalidad, en punto al poder punitivo del Estado durante la conmoción interior, no opera de manera igual que durante épocas de normalidad o respecto del legislador ordinario. La Constitución establece un componente claro: gravedad de los hechos. El legislador estatutario señaló que “la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad” (art. 13 Ley 137 de 1994). Teniendo en cuenta estos dos elementos, el juicio de proporcionalidad estricto debe atemperarse, de manera que admita restricciones más intensas a los derechos constitucionales de los asociados, sin que ello implique anulación de los mismos y sujeto a condiciones<sup>31</sup>. En primer lugar, la finalidad que se persigue con la restricción de los derechos, es, de manera absoluta y única, la protección de los bienes jurídicos estabilidad institucional, seguridad del Estado y convivencia ciudadana, que comprende la finalidad de “conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos”. La idoneidad de la medida, se dirigirá a demostrar cómo con la punición se logra la realización de dicha finalidad. La necesidad, por su parte, estará orientada a demostrar que los tipos penales existentes (o las sanciones previstas) no permiten realizar el fin legítimo y, finalmente, que la manera en que se define el tipo no implique una restricción inadmisibles (vulneración del núcleo esencial) o excesiva del derecho constitucional involucrado, así como la sanción prevista no resulte desmedida en relación con la gravedad del hecho.

La Corte considera necesario precisar el momento de la necesidad durante el juicio de proporcionalidad. De manera ordinaria la definición de los instrumentos de protección del orden público, corresponde al legislador. La competencia asignada al Presidente en el numeral 4 del artículo 189 de la Carta, según el cual le corresponde “conservar en todo el territorio el orden público”, está sujeta a las prescripciones normativas fijadas por el legislador. Así mismo, al considerar que la persecución de la criminalidad es un instrumento que garantiza la protección del orden público, la competencia de la Fiscalía General de la Nación se somete, de igual manera, a las previsiones legislativas, tal como se desprende del principio nulla poena sine legem. Lo anterior implica que la legislación ordinaria establece los mecanismos, condiciones, situaciones, etc., que definen el concepto de orden público y, por lo mismo, prima facie se estiman suficientes las herramientas ordinarias para enfrentar la turbación del orden público. Este carácter prima facie se desprende de la Constitución misma, en la medida que únicamente autoriza la declaratoria de conmoción si “las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía” resultan insuficientes, de manera que se “podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción”. El artículo 12 de la Ley 137 de 1994 recoge la obligación de expresar debidamente las razones por las cuales se estiman incompatibles los medios ordinarios con el estado de conmoción.

Tratándose de la punición, cuando existen tipos penales que castigan las conductas que el Gobierno considera turbadoras del orden público, éste tiene la obligación de explicar suficientemente por qué resultan incompatibles con el estado de conmoción. Las razones pueden ser de distinta naturaleza, pero resulta incuestionable que debe existir una clara justificación sobre su incapacidad para proteger los bienes jurídicos tutelados durante la conmoción. Así, no resulta suficiente una justificación (i) que se limita a señalar que determinadas disposiciones son incompatibles con el estado de conmoción sin ofrecer argumento alguno que lo demuestre o (ii) que la argumentación no resulte coherente y

racional<sup>32</sup>; es decir que, los argumentos expuestos por el Gobierno no sean comprensibles o que no tengan aptitud suficiente para dar cuenta de las razones por las cuales las conductas existentes son incompatibles con la conmoción.

En punto a las medidas (punitivas, en este caso), la Constitución ordena que exista una relación de proporcionalidad entre éstas y la gravedad de las circunstancias que se enfrentan. Este elemento, corresponde al momento de la estricta proporcionalidad en un juicio estricto de razonabilidad. Este, dado el mandato constitucional, implica que, además de considerar si el tipo conlleva a una restricción inadmisibles o excesiva del derecho constitucional involucrado, demanda un análisis que considere la capacidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados por parte de la conducta que se busca reprimir y la manera en que se define, bien sea el tipo penal o la sanción que se impone, a fin de establecer si en sí mismo se revelan excesivos. Así, conductas que tienen una relativa capacidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados, no admiten un régimen punitivo igual o más extremo que otras conductas que tienen una mayor capacidad turbadora del orden público.

El principio de temporalidad.

9. Los bienes jurídicos tutelados por las figuras del Estado de Guerra y el Estado de Conmoción interior, indican que durante dichas situaciones, se amplían las facultades gubernamentales para disponer del uso de la fuerza y, en general, de la capacidad coercitiva del Estado. No son figuras, por lo tanto, para enfrentar situaciones de índole económico, social o ecológico, con dinámicas distintas. Tales bienes jurídicos se protegen, en situaciones extremas, mediante el Estado de Emergencia.

Propio de las democracias constitucionales y de la evolución de los estados durante la modernidad es la pretensión de controlar el ejercicio del poder. Entre los elementos sobre los cuales se evidencia un mayor y más preciso desarrollo de esta idea regulativa, está el uso de la coacción. Este se somete, de manera absoluta, al derecho: normativamente se define quienes pueden ejercer legítimamente la coacción, bajo cuales circunstancias y con qué limitaciones. El modelo democrático implica que la definición de tales elementos normativos está reservada al pueblo, representado en el legislador. De allí que cuando se presenten circunstancias anómalas, que admiten la declaración de estados de guerra o de conmoción, se autoriza a un poder estatal distinto del legislador dictar el marco normativo que define el uso de la fuerza y la capacidad de coacción del Estado. Por ser anómalo e involucrar una alteración radical del orden constitucional (la ley es dictada por el legislador), se ha contemplado que dichas facultades son eminentemente temporales.

Dicha temporalidad tiene como consecuencia que resulta absolutamente prohibido que los efectos jurídicos de las medidas adoptadas durante el estado de conmoción se prolonguen más allá del término previsto en la Constitución. El artículo 213 de la Carta es perentorio en este punto, pues dispone que “los decretos legislativos que dicte el Gobierno... dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público”. Ello guarda, por otro lado, perfecta armonía con el carácter temporal y limitado de la competencia excepcional del gobierno.

La temporalidad de las medidas dictadas durante la conmoción interior guarda una estrecha relación con el principio de finalidad (art. 10 de la Ley 137 de 1994), según el cual “cada una

de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos". Ello implica que el gobierno cuenta con un término preciso para lograr la recuperación del orden público. Así, las medidas que se adopten, deberán ser idóneas en un sentido temporal. Deben ser eficaces dentro del término constitucional de la conmoción y sólo dentro de dicho término. El gobierno, se repite, es incompetente para dictar medidas que se prolonguen más allá de dicho período. Por lo mismo, las medidas que se adopten y que superen dicho término, no pueden estimarse eficaces ni idóneas, es decir, no cumplen con la finalidad constitucional del estado de excepción.

Esta imposibilidad de que los efectos jurídicos se prolonguen más allá de la conmoción<sup>33</sup> tiene diversas consecuencias para la tipificación de delitos y, en particular, para modificar las sanciones penales. La Ley 137 de 1994 autoriza al gobierno nacional para aumentar o disminuir las penas y para tipificar nuevas conductas. La disminución no ofrece mayores problemas constitucionales, salvo que la reducción resulte abiertamente irrazonable. Por lo mismo, la Corte sólo analizará el aumento de penas y la tipificación de nuevas conductas.

Restricciones relativas a las sanciones penales durante el estado de conmoción.

10. La adopción de medidas de carácter penal demanda que la posibilidad de la sanción sea efectiva. Entendida la punición como un instrumento de protección de derechos constitucionales y bienes constitucionalmente tutelados, no resulta compatible con el orden jurídico constitucional que se adopten tipos penales y se fijen sanciones imponibles cuya única finalidad sea, alcanzar una eminente fuerza simbólica. Tal finalidad, por sí misma, desvirtúa el propósito constitucional de las restricciones a los derechos que apareja la tipificación de delitos. En este orden de ideas, así como han de tomarse en serio los derechos constitucionales, también debe tomarse en serio la posibilidad de sancionar a los infractores de la ley penal.

Como se ha indicado con anterioridad, en materia punitiva el Gobierno está sujeto, durante el estado de conmoción interior, al principio de proporcionalidad. En punto a las sanciones imponibles significa (i) que no se pueden imponer penas que resulten absurdas frente al hecho sancionado, bien sea por notorio exceso o por defecto. (ii) que exista una relación de eficacia racional entre el medio y el fin constitucional (protección de los bienes jurídicos tutelados arriba indicados). Esta relación de eficacia (idoneidad), no se agota en una relación lógica entre el medio y el fin, sino que también incorpora un componente normativo: la aptitud jurídica del medio. Dicha aptitud, en materia de las facultades punitivas del Estado durante el estado de conmoción interior, comprende, entre muchos, los principios de temporalidad y de favorabilidad, pues ellos determinan la capacidad de la sanción para mantenerse en el tiempo y generar el efecto deseado: sancionar al infractor y, de esta manera, proteger los bienes jurídicos tutelados. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe admitir que se introduce dentro del juicio de proporcionalidad un elemento de eficacia normativa que recae sobre la sanción.

A fin de alcanzar la efectividad de las sanciones penales dispuestas en los tipos penales dictados durante el estado de conmoción interior, el gobierno se ve sometido a las siguientes restricciones: (i) cuando se trata de conductas que al momento de decretar el estado de

conmoción no estaban consideradas como punibles en la legislación ordinaria, las sanciones impuestas deben ser de tal naturaleza que puedan tener su plena efectividad durante la vigencia del estado de excepción; y (ii), si se refiere a comportamientos que están sancionados en la legislación ordinaria, la pena señalada en la nueva disposición no puede superar el máximo del tipo penal correspondiente, con los agravantes de la legislación ordinaria previstos para dicho tipo, consagrado en el Código Penal.

Unidad axiológica entre pena y concepción del estado. Las bases del derecho penal del enemigo, y del derecho penal simbólico, son incompatibles con valores y principios de la Carta Política.

10.2. En un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena tiene legitimidad material (entre otros presupuestos) (i) si está orientada a salvaguardar intereses y valores reconocidos constitucionalmente, (ii) si es un instrumento adecuado y constitucional en sí mismo para conseguirlo y (iii) si existe una desproporción entre los derechos constitucionales que restringe y los que trata de proteger con su aplicación. Esto significa que, la prevención general de delitos que se trata de evitar con la imposición de una pena, debe ser necesaria para la protección de bienes jurídicos; es decir, debe buscar efectos reales (se trata de un derecho penal orientado a las consecuencias) y no meramente simbólicos en la protección de las relaciones fundamentales de la sociedad. Además, que la prevención general no puede convertirse en un instrumento de terror penal a través de la exasperación y exacerbación del régimen punitivo, sin criterios de proporcionalidad<sup>35</sup>. Lo cual no impide penas drásticas

10.3. El modelo de Estado acogido en nuestra Constitución Política y la regulación de los estados de excepción contenido en ella, llevan a la Corte a la siguiente conclusión: son inconstitucionales los incrementos punitivos que superen los límites señalados en los tipos ordinarios que la legislación extraordinaria modifica. Esta regulación quebranta la Constitución, porque busca fines que no son constitucionalmente legítimos y porque desconoce el principio de finalidad que rige los estados de excepción. Explicaremos a continuación el fundamento de esta posición:

a) Desde hace varios años, la dogmática penal se ha planteado el problema de la favorabilidad de las leyes temporales o transitorias. En efecto, algún sector de la doctrina afirma que si estas leyes se expiden con la finalidad de afrontar situaciones excepcionales, deben seguir regulando los casos ocurridos bajo su vigencia aún después de que dejaran de regir y en ellas no opera el principio de favorabilidad. Es decir, se habla de la ultractividad de las leyes temporales o excepcionales. Se argumenta que si a priori se conoce que en determinado momento pierden vigencia, desaparece la eficacia material de la norma para contrarrestar los efectos<sup>36</sup>.

Esta posición no es aceptable en el ordenamiento Constitucional Colombiano, por tres razones fundamentales: i) El principio de favorabilidad no puede ser limitado y muchos menos suspendido durante los estados de excepción, porque es uno de los derechos intangibles, ii) los decretos legislativos suspenden, pero no derogan la legislación existente, y iii) de acuerdo a la Carta Política, levantada la conmoción no pueden seguir rigiendo los decretos expedidos a su amparo. Las normas expedidas son leyes (ley en sentido material) de carácter temporal que pierden vigencia una vez levantada la conmoción.

b) Lo anterior significa que, si la pena supera los límites señalados para el concreto tipo penal ordinario, en virtud del principio de favorabilidad no va a ser aplicable una vez finalizado el estado de excepción. Si ello es así, ¿qué se busca con los incrementos punitivos realizados por encima de los tipos ordinarios?. No puede afirmarse que se trata de prevenir la comisión de delitos, porque si el infractor sabe que en ningún caso le será aplicable la exacerbación de la pena, ésta no puede cumplir la función de motivación y orientación de conductas propia de la prevención general. Desaparecida la finalidad de prevención, surge la pregunta: ¿Qué se busca entonces con estos incrementos punitivos? Indudablemente una mera función simbólica, consistente en hacerle creer a la opinión pública que se está luchando contra el terrorismo, en tranquilizarla (no brindándole seguridad, que es un concepto distinto) frente a la angustia que producen los actos que desestabilizan el régimen constitucional. Pues bien: acudir a un derecho penal simbólico, entendido éste como la apariencia de protección de bienes jurídicos, cuando en realidad el objetivo de la pena es tranquilizar a la ciudadanía, es una finalidad constitucionalmente ilegítima. Es ilegítima, porque la protección de bienes jurídicos es un límite al ejercicio del ius puniendi del Estado<sup>37</sup> y en este caso no se está protegiendo un bien jurídico con relevancia penal.

Una consecuencia natural de los principios de proporcionalidad y razonabilidad es que el Legislador sólo puede recurrir al sistema penal para proteger bienes jurídicos que tengan raigambre constitucional, como derechos constitucionales u otros bienes constitucionales. La razón es obvia: el derecho penal es el instrumento de control social y protección jurídica más invasivo de la libertad personal, pues suele apoyarse en medidas restrictivas de la libertad. La Constitución, por su parte, es un ordenamiento fundado genéricamente en la prevalencia de los derechos de la persona (CP art 5) y específicamente en el respeto de la libertad y autonomía personales (CP arts 16 y 28). Por ende, en desarrollo del principio de proporcionalidad, de clara estirpe constitucional, el Legislador sólo puede recurrir al sistema penal para proteger bienes y valores que, en el caso concreto, puedan llegar a tener una mayor fuerza normativa que la libertad personal.

En un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el derecho penal para amparar bienes jurídicos de menor jerarquía que la libertad autonomía personales. Y es que el derecho penal en un Estado social de derecho tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que “el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados”, por lo cual la “utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia.” Por consiguiente, como consecuencia ineluctable de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es claro que existen comportamientos, que por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. Como se explicó en aparte anterior, la razón de estos límites materiales al derecho penal es que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad.

c) En la lucha contra el terrorismo, la sociedad de riesgo ha creado lo que Gunther Jakobs denomina “el derecho penal del enemigo”, que se caracteriza por ver al infractor no como un ciudadano que desconoce la vigencia de las normas sociales, sino como un enemigo de la sociedad a quien hay que responder con todas los instrumentos de control formal de que dispone el Estado. Este derecho penal, que Jakobs ha criticado en diversas oportunidades, se caracteriza básicamente por (i) la anticipación del ejercicio del ius puniendi a un estado previo a la lesión de bienes jurídicos, (ii) por la exacerbación de las penas y (iii) la supresión de las garantías procesales<sup>38</sup>.

Pues bien, esa “política criminal” facilista, consistente en afrontar únicamente la criminalidad con una estrategia simple -incrementos de pena inaplicables- es incompatible con dos de los principios que rigen los estados de excepción, a saber: (i) con el de finalidad, porque estas medidas no apuntan realmente al restablecimiento del orden público, sino que buscan fines no declarados de la pena, como el de crear la apariencia de que se está enfrentando el terrorismo, y (ii) con el de proporcionalidad, porque si las penas no van a ser aplicables finalmente en virtud del principio de favorabilidad, resulta desproporcionado derivar de ella consecuencias procesales, como la variación de las medidas preventivas durante el proceso.

Todo lo anterior permite concluir que no es posible incrementar los límites de los correspondientes tipos penales ordinarios y mucho menos los máximos posibles señalados en el Código Penal. Sólo es viable, hacer variaciones punitivas que en virtud del principio de favorabilidad puedan seguir rigiendo aún después de terminada la conmoción interior.

10.4. Durante los estados de excepción no se suspende el principio (derecho constitucional y derecho humano) de favorabilidad. Dicho principio se erige en criterio guía para efectos de la aplicación del principio de temporalidad. El último inciso del artículo 44 de la Ley 137 de 1994, establece que “levantado el Estado de Conmoción Interior los procesos iniciados serán trasladados a la autoridad judicial ordinaria competente para continuar el trámite de acuerdo con el procedimiento penal ordinario y las penas no podrán ser superiores a la máxima ordinaria”. La correcta interpretación de este precepto obliga a admitir que la pena que se establezca durante el estado de conmoción debe ser efectiva una vez levantada esta, porque lo contrario implicaría una violación del principio de finalidad antes mencionado.

A efectos de armonizar estos dos principios (favorabilidad y temporalidad), cabrían dos interpretaciones posibles. La primera, que es posible establecer penas mayores a las ordinarias, las cuales se reducirían una vez se levanta el estado de conmoción al máximo definido para el tipo penal ordinario. La segunda, que la única opción para permitir la supervivencia de los efectos una vez levantado el estado de conmoción, es establecer una pena más favorable, que se aplicará ultractivamente por encima de la legislación ordinaria. Para determinar cuál de las dos opciones hermenéuticas es compatible con la Constitución, resulta necesario tener presente que el aumento de penas no se limita a incrementar el término máximo de reclusión, sino que también comporta la posibilidad de transformar una multa en un arresto o multa en prisión, o eliminar penas como la prisión domiciliaria.

Es mandato constitucional que toda disposición, así sea declarada exequible, se interprete de

conformidad con la Constitución (C.P. art. 4). De allí que la interpretación de las leyes estatutarias debe adecuarse a los mandatos constitucionales. En la medida en que la Carta únicamente autoriza adoptar medidas que resulten eficaces para conjurar las causas que motivaron la declaración de conmoción, debe partirse de la premisa de que la eficacia de la medida ha de estar definida por su operatividad dentro del término de la conmoción. La posibilidad de que las medidas resulten eficaces una vez levantado el estado de conmoción, exige que se trate de una eficacia constitucionalmente admisible. Dado el carácter temporal de las medidas de excepción y la consiguiente pérdida de toda fuerza vinculante de las medidas adoptadas durante dichos estados una vez se restablezca la normalidad, lo que de suyo supone una ruptura jurídica entre el ordenamiento jurídico ordinario y el excepcional, implica que las únicas medidas de excepción que pueden prolongarse una vez levantada la conmoción, son las aplicables en virtud del principio de favorabilidad.

Se podría objetar que con ello perdería toda eficacia la opción gubernamental de aumentar las penas, pues no podría imponer penas más altas a las existentes. Respecto de esta apreciación caben las siguientes precisiones. En primer lugar, que el aumento de penas no se reduce a largas condenas privativas de la libertad, sino que la transformación de una multa en arresto o prisión equivale a un aumento de penas. Por otra parte, la restricción tiene como alcance el máximo del tipo penal correspondiente, con los agravantes de la legislación ordinaria previstos para dicho tipo. Así, se logra que la autorización legal tenga eficacia después de levantado el estado de conmoción interior.

Modificación de un tipo existente.

10.5. Una situación distinta es aquella en la cual el legislador ha establecido que determinada conducta es punible, pero el Gobierno introduce modificaciones en la descripción del tipo -por ejemplo, precisa ciertas conductas (contenidas, de manera abstracta, dentro del tipo ordinario) a fin de dar claridad sobre el alcance del tipo penal- y, en esa medida, fija una pena mayor imponible. En este caso resulta palpable la dificultad para lograr eficacia de la sanción, pues una vez levantado el estado de conmoción desaparecerá el tipo especial o subordinado y el infractor de la ley penal se verá sometido a la legislación ordinaria. Pues bien, a fin de lograr la eficacia de la sanción (y, de esta manera, asegurar que la modificación introducida persiga la efectiva protección de los bienes jurídicos tutelados) la pena señalada en la nueva disposición no podrá superar el máximo del tipo penal correspondiente previsto en la legislación ordinaria, junto con sus agravantes.

De ocurrir lo contrario, es decir, que se fijen unas sanciones más altas a las ordinarias, la medida carecería de eficacia material y, por lo mismo, no resultaría idónea para perseguir el fin jurídico constitucional válido. La falta de eficacia y de idoneidad se deriva del hecho de que en virtud del principio de favorabilidad, se habrá de aplicar la ley penal más favorable, lo que implica que una vez levantado el estado de conmoción interior, únicamente se podría imponer la pena ordinaria o, si se ha condenado a la persona, se le reducirá la pena en la misma proporción.

Así, a fin de que el Gobierno adopte medidas que tengan una real capacidad material y jurídica para incidir favorablemente en el restablecimiento del orden turbado, resulta indispensable sujetarse a las penas fijadas en la legislación ordinaria con sus agravantes y

cualificaciones. Vale decir, no pueden superar las penas de los concretos tipos penales ordinarios, que el decreto legislativo modifica.

La tipificación de nuevas conductas.

10.6. Este es el evento en que se describe un tipo penal sin referente alguno dentro del sistema penal ordinario. En este caso se observa con mayor incidencia los efectos normativos de los principios de temporalidad y favorabilidad. En virtud de estos principios, el tipo penal no puede subsistir una vez levantado el estado de conmoción y, por lo mismo, deben cesar los efectos derivados del tipo. Ello implica que la persona condenada por estos hechos punibles quedará en libertad una vez levantado el estado de conmoción o que la investigación que se adelante por la comisión del hecho punible deberá cesar en el mismo evento.

Lo anterior obliga a considerar, de nuevo, la eficacia jurídica de las medidas que se adopten durante el estado de conmoción. A fin de que resulten idóneas para alcanzar el fin -protección de los bienes jurídicos y sanción de la conducta desviada-, se impone que estas medidas sean eficaces durante el estado de conmoción, pues, por carecer de referente en la legislación ordinaria, resulta imposible la proyección legítima de algunos de sus efectos. Por lo tanto, el término máximo de las sanciones imponibles debe ser igual al término máximo durante el cual pueden tener vigencia y aplicabilidad las disposiciones dictadas durante la conmoción.

Tránsito normativo y ruptura jurídica.

11. Uno de los principales argumentos contra la interpretación que hace la Corte Constitucional, referente a las restricciones que tiene el legislador de excepción, en cuanto a la posibilidad de establecer tipos penales o modificarlos durante la conmoción interior, estriba en la eventualidad de que el legislador adoptara los tipos penales creados durante la conmoción como normas ordinarias. En tal evento, se podría entender que existe continuidad entre las conductas calificadas como punibles y no entrarían a operar principios como la favorabilidad, que se ha demostrado relevante en la comprensión que hace la Corte del tema.

El punto de partida para la interpretación jurídica es el texto positivo. Teniendo este presupuesto básico, la Corte no puede desconocer el perentorio mandato del constituyente según el cual una vez levantado el estado de conmoción, las medidas dictadas durante su vigencia dejarán de regir. El mandato normativo de dicha disposición es claro: existe ruptura jurídica entre la legislación ordinaria y la excepcional. Admitir que no se presenta solución de continuidad en el evento en que se dictara una ley que adoptara como ordinarios los tipos penales dictados bajo el estado de conmoción, supondría que tales medidas excepcionales nunca dejaron de regir.

Lo anterior, sin embargo, no implica que el legislador no pueda reproducir los tipos penales dictados durante la conmoción interior o modificar las penas en los términos establecidos en dicho período. El Congreso de la República es el competente para fijar las conductas punibles y sus sanciones. El legislador no puede, merced a la reproducción de las normas, prorrogar la conmoción. Puede, previo debate democrático y consideración sobre la política criminal,

adoptar la decisión política de incorporar al régimen ordinario las medidas. Estas, en todo caso, únicamente tendrán efectos hacia el futuro, como ocurre respecto de toda decisión normativa en materia penal.

Análisis del Decreto 1900 de 2002.

12. Para efectos de realizar el control de constitucionalidad del Decreto 1900 de 2002, la Corte tendrá en consideración los motivos señalados en el Decreto 1837 de 2002 -declarativo del estado de conmoción interior- y la sentencia C-802 de 2002 mediante la cual se declaró la exequibilidad parcial de dicho decreto. Para efectos de orden, primero se analizará la existencia de una relación de conexidad general entre el Decreto 1900 de 2002 y el Decreto 1837 de 2002, pues de no existir no resultaría necesario un análisis subsiguiente. Superada esta primera etapa, la Corte se pronunciará sobre cada uno de los artículos.

13. En punto a la relación de conexidad general del decreto objeto de revisión y las causas que motivaron la declaración de estado de conmoción interior, la Corte estima que se encuentra probada. En el Decreto 1837 de 2002, el Gobierno hizo clara mención, y así lo encontró probada la Corte, a los ataques terroristas contra la infraestructura de servicios del país. El decreto objeto de revisión apunta a enfrentar tales modalidades de ataques, penalizando diversas conductas que suponen bien sea actos terroristas o actos derivados de actuaciones terroristas. Así mismo, existe relación entre este la obtención de recursos y, en general, el financiamiento de las actividades terroristas y los hechos punibles que se establecen en el decreto objeto de revisión. La Corte, en sentencia C-802 de 2002, indicó que existía una amenaza al orden público derivada de estas actividades.

Análisis de los tipos penales definidos en el Decreto 1900 de 2002.

14. Para efectos del control de constitucionalidad de los tipos penales, definidos en los artículos 1 a 8 del Decreto 1900 de 2002, la Corte realizará un análisis de cada tipo de manera independiente.

14.1 Tipo penal “Daños a la infraestructura”. Artículo 1 Decreto 1900 de 2002. Este tipo penal sanciona una modalidad específica de daño, que recae sobre los ámbitos económicos del sector petrolero y energético. El Gobierno Nacional estimó pertinente, además, la suspensión del artículo 357 del Código Penal (art.14) “en lo relacionado con energía y combustibles”, que establece:

“Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles. El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.”

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que el Gobierno diseñó un tipo penal especial para la modalidad de daño a la infraestructura de hidrocarburos y sus derivados y la energía.

El tipo penal dispuesto por el Gobierno, define la conducta que se considera punible y establece como agravante que se realice con fines terroristas o contamine el medio ambiente.

La primera restricción (ver arriba fundamento 8.1) imponible al Gobierno en materia de definición de tipos penales, tiene que ver con el principio de restricción material. El tipo penal descrito tiene que guardar alguna relación directa con la protección de los bienes jurídicos estabilidad institucional, seguridad del Estado o convivencia ciudadana, en los términos del decreto declarativo del estado de conmoción interior. En relación con este punto, observa la Corte que el Gobierno no ha guardado el debido respeto por este principio, pues si bien la agravación punitiva como consecuencia del daño realizado con fines terroristas supone una relación con los bienes jurídicos indicados, no puede afirmarse lo mismo con la conducta ordinaria. Antes bien, el hecho de que el Gobierno haya establecido que el daño realizado con fines terroristas constituye una modalidad agravada del delito de daños a la infraestructura, indica que no se ha precisado claramente la protección directa de los bienes jurídicos mencionados.

Este defecto, además, implica el desconocimiento del principio de necesidad (ver fundamento 8.4), en la medida en que mediante un tipo penal adoptado bajo el estado de conmoción interior se persiguen sujetos activos que no atentan directamente contra los bienes jurídicos tutelados. Obsérvese que la conducta descrita bien puede abarcar actos vandálicos, como destrucción de postes de conducción de energía, que no tienen por objeto atentar contra los bienes jurídicos indicados, sino la mera producción de un daño. Así mismo, la destrucción de la infraestructura de las estaciones de gasolina, sin el propósito mencionado. Es decir, el tipo penal establece una descripción imprecisa de las conductas que turban el orden público, por afectación de los bienes jurídicos constitucionales en cuestión.

Por otra parte, la agravación como consecuencia de la afectación del medio ambiente, que opera de manera independiente de la realización del daño con fines terroristas, directamente nos remite a la protección de bienes jurídicos que únicamente pueden ser objeto de tratamiento durante épocas de normalidad o bajo la figura del estado de emergencia (C.P. art. 215).

Además, habida consideración que el Gobierno suspendió el artículo 357 del Código Penal, en lo referente a hidrocarburos y energía, ha debido demostrar, bajo criterios de necesidad, cómo el tipo penal ordinario resultaba incompatible con la conmoción y cómo, además, el tipo penal adoptado si lo era. Tal análisis no está presente en el decreto

Finalmente, el Gobierno se excedió en los topes autorizados para establecer la sanción imponible. De acuerdo con lo establecido en el artículo 357 del Código Penal, la máxima pena imponible en caso de daño (a la infraestructura), sería de 7 años y medio, en la modalidad agravada. El tipo penal definido por el Gobierno autoriza la pena máxima de 12 años. Lo mismo puede predicarse de la multa, cuyo mínimo excede por completo el monto máximo autorizado por el legislado ordinario.

Por lo expuesto, este artículo será declarado inexecutable.

14.2 Hurto de hidrocarburos o sus derivados. Artículo 2 del Decreto 1900 de 2002. El artículo 241 numeral 14 del Código Penal establece una causal de agravación punitiva, cuando el hurto se comete “sobre petróleo o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, poliducto o fuentes inmediatas de abastecimiento”. El numeral 6 del mismo artículo establece que será agravado el hurto si se cometiere sobre “medio motorizado o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos”.

El tipo penal objeto de revisión introduce modificaciones al régimen penal ordinario en los siguientes puntos:

- a) establece que también se considera un hurto especial, que la conducta se realice sobre hidrocarburos o derivados transportados en naftaductos,
- b) establece que también se considera un hurto especial, que la conducta se realice sobre hidrocarburos o derivados que se encuentren en plantas de bombeo,
- c) establece una pena específica para esta modalidad de hurto,
- d) contempla una situación de atenuación punitiva, en razón a la cuantía de los bienes hurtados, y
- e) se considera agravada la conducta, cuando es realizada por un servidor público.

Lo primero que salta a la vista, es que el Gobierno Nacional nunca suspendió las disposiciones existentes en el código penal que, como se ha visto, regulan esta modalidad de hurto. Como quiera que existen disposiciones sobre la materia, tenía que justificar porqué el régimen ordinario resultaba inútil para proteger los bienes jurídicos tutelados durante la conmoción interior y porqué el tipo penal propuesto lograba dicha finalidad. No basta, para efectos de satisfacer este requisito, que se indique que la normatividad vigente es insuficiente. Es indispensable que se demuestre dicha insuficiencia o incompatibilidad con la conmoción. No debe perderse de vista el documento presentado por ECOPEPETROL (Anexo 10 de su intervención), en el cual, luego de un estudio sobre el hurto de combustibles, se recomienda aumentar las sanciones imponibles y precisar el tipo, pero por encima de todo trasladar el hecho punible “al título de los DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA”, lo que se estima “necesario desde el punto de vista técnico, económico y de conveniencia”, pues, como se indica en el mismo estudio, esta conducta es pluriofensiva. Este documento, antes que sustentar la mera incompatibilidad del régimen ordinario con la conmoción, indica que es necesaria una regulación que proteja bienes de diversa índole y no necesariamente la convivencia ciudadana, la estabilidad institucional y la seguridad del Estado.

En directa relación con lo anterior, resulta palpable que no se estableció de manera clara cómo este tipo penal atenta directamente contra la seguridad del Estado, la estabilidad institucional o la convivencia ciudadana, como lo demanda el principio de restricción material. En efecto, no existe elemento alguno en el tipo penal que permita descubrir una intención de protección de los mencionados bienes jurídicos. Únicamente se encuentran protegido el bien jurídico patrimonio.

Así mismo, la descripción del tipo resulta insuficiente en lo que a los sujetos activos respecta (principio de finalidad) en la medida en que no distingue entre los sujetos que hurtan los hidrocarburos o sus derivados con objetivos de distinta índole, sin poner en peligro los bienes jurídicos tutelados durante el estado de conmoción interior. Por las anteriores razones, será declarado inexecutable.

14.3 Hurto de marcadores, detectores o reveladores. Artículo 3 del Decreto 1900 de 2002. Este tipo establece como delito el hurto de determinado bien mueble: sustancias o equipos para la identificación de combustibles, marcadores, detectores o reveladores. Establece una pena de 4 a 8 años y una sanción pecuniaria.

En este caso, se observa que el Gobierno Nacional ha optado por regular una modalidad específica del hurto, el cual, obviamente, cabe dentro del tipo ordinario hurto. Sobre el particular, caben los mismos argumentos expuestos en el fundamento anterior (14.2), respecto de la ausencia de justificación de la medida, a la relación entre este tipo penal y los bienes jurídicos tutelados y sobre la definición del sujeto activo.

Mas aún, en este caso no existe elemento alguno que permita establecer qué tipo de peligro es necesario para atentar contra el orden público y afectar la convivencia ciudadana, la seguridad del Estado o la estabilidad institucional. Por estas razones será declarado inexecutable.

La Corte observa que el tipo penal incurre en la misma insuficiencia que se ha identificado en los tipos penales antes estudiados. No existe elemento alguno que permita distinguir entre quienes introducen o exportan hidrocarburos o sus derivados sin afectación del orden público de aquellos que si lo hacen, con violación del principio de necesidad.

Tal ausencia se deriva de la ausencia de precisión sobre otros elementos estructurantes del tipo. En primera medida, la manera en que el tipo penal protege los bienes jurídicos tutelados con la conmoción interior (violación del principio de restricción material), lo que impide la concreción del peligro contra el orden público (violación del principio de finalidad). En efecto, no aparece claro, en los términos del tipo penal, cómo el contrabando tiene la capacidad de alterar el orden público. La conducta únicamente tiene capacidad de afectar los ingresos nacionales y el control estatal sobre las actividades importadoras o exportadoras.

El Gobierno no aportó, además, elementos de juicio que explicaran la relación causal entre el contrabando y las causas de la conmoción. Tal como lo indica el Procurador General de la Nación, el decreto declarativo únicamente menciona como fuentes de financiación el narcotráfico, la extorsión y el secuestro. Se ha violado, por lo tanto, el principio de conexidad entre las medidas y las causas de la declaración. Tampoco está demostrada la necesidad de tipificar esta conducta, habida consideración de la existencia de un tipo penal sobre el contrabando. Por estas razones será declarado inexecutable el artículo.

14.5 Distintas modalidades de favorecimiento. Artículos 5 y 6 del Decreto 1900 de 2002. En los tipos penales establecidos en los artículos indicados, se penaliza la persona que "adquiera, posea, transporte, almacene, venda, ofrezca, suministre o comercialice a cualquier título hidrocarburos o sus derivados", sean hurtados u objeto de contrabando.

El artículo 320 del Código Penal establece el delito de favorecimiento de contrabando. La pena máxima imponible es de 5 años. El tipo penal establecido en el artículo 6 dispone una pena superior (6 años), violándose las restricciones que en materia sancionatoria operan en estos casos.

Por otra parte, los tipos penales adolecen de los mismos defectos que se predicen de los delitos favorecidos, esto es, ausencia de indicación clara de la relación o conexidad entre el tipo penal y la protección de los bienes jurídicos tutelados; ausencia de elementos que permitan establecer qué conducta de peligro concreto amenaza contra tales bienes jurídicos y, finalmente, insuficiencia para distinguir entre favorecimientos con capacidad de alteración del orden público y aquellos que carecen de dicha capacidad. Por lo tanto serán declarados inexecutable.

14.6 Destinación ilícita de bienes. Artículo 7 del Decreto 1900 de 2002. Este tipo penal sanciona la destinación "ilícita" de bienes para almacenamiento, transporte o venta de hidrocarburos o sus derivados. Se trata de un tipo sin referencia en el régimen penal ordinario. De allí que, conforme se analizó antes (fundamento 10.3 de esta sentencia), únicamente se puede imponer una pena igual al máximo del término de la conmoción, más noventa días adicionales. Se observa que el tipo penal tiene como sanción la pena mínima de 4 años, lo que supera dicho tope y, por lo mismo, se declarará su inexecutable.

14.7 Favorecimiento por servidor público. Artículo 8 del Decreto 1900 de 2000. Este tipo penal está condicionado a la existencia de los tipos penales fijados en los artículos anteriores. Como quiera que se declararán inexecutable, este pierde todo sentido y por lo tanto será separado del ordenamiento.

15. Los artículos 9 a 13 del Decreto 1900 de 2002, serán declarados inexecutable habida consideración de que guardan una relación inescindible con los tipos penales de hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados. Al desaparecer los tipos penales, estas disposiciones carecen de sentido y finalidad. Lo mismo se predica del artículo 14, que establece la suspensión del artículo 357 del Código Penal "en lo relacionado con energía y combustibles", pues ha desaparecido la causa de la suspensión.

#### Sentencia condicionada

16. La Corte ha llegado a la conclusión de que los tipos penales dictados mediante el Decreto 1900 de 2002 violan la Constitución. Podría plantearse la cuestión de si la Corte podría declarar la executable condicionada de los tipos penales o, en su defecto, proceder a una integración normativa. La Corte descarta dicha posibilidad por las siguientes razones.

16.1 La posibilidad de declarar executable de manera condicionada una disposición, está sujeta a que exista al menos una interpretación de la disposición que resulte compatible con la Constitución y que las restantes (sea una o varias) la quebranten<sup>39</sup>. Ahora bien, la interpretación compatible con la Constitución ha de ser, además, una que refleje el querer del legislador (ratio legis).

Para que la executable condicionada sea posible en materia de tipos penales es menester que la interpretación compatible con la Constitución se derive directamente del tipo penal y

que no tenga como efecto aumentar el campo de punibilidad. Dicho aumento únicamente puede ser el resultado de declaraciones de inexecutable<sup>40</sup> parciales del tipo penal, siempre y cuando dicho aumento de punibilidad resulte necesario para la protección de un derecho fundamental. Lo anterior por cuanto únicamente el legislador puede definir cuáles conductas son consideradas punibles (ratio legis).

Por otra parte, la executable condicionada no puede conducir a la introducción o elaboración de elementos estructurantes del tipo. Ello, por la estricta reserva legal que existe en la materia y por cuanto ello no implica un desarrollo del principio de conservación del derecho, sino una producción de derecho. En efecto, si faltare alguno de los elementos estructurantes del tipo, se estaría frente a una violación del principio "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa", por la falta de certeza en la descripción típica. La Corte no podría definir o inferir legítimamente cuál es la ratio legis y, de esta manera, integrar el tipo.

Tampoco puede operar la executable condicionada en esta materia cuando ello implica una reducción de la amplia libertad de configuración del legislador. El principio de conservación del derecho en armonía con la reserva legal en materia de tipicidad, no autorizan al juez constitucional a reducir de manera drástica el margen de apreciación del legislador. Si la descripción resulta en extremo amplia, ambigua o indeterminada, la Corte no puede reducir dichos defectos, pues entraría a definir en detalle los elementos descriptivos del tipo, por encima de la voluntad legislativa. Cosa distinta ocurre cuando el legislador está frente a un asunto en el cual carece (o es en extremo reducida) de amplia libertad de configuración, en cuyo caso la Corte podrá integrar el tipo penal, a fin de adecuarlo a la Constitución. Se trataría de eventos extremos en los cuales la definición legal del tipo impide la protección de bienes jurídicos constitucionales, de manera absoluta.

16.2 Imposibilidad en el caso concreto de adoptar una sentencia condicionada. En el caso concreto de cada uno de los tipos penales declarados inexecutable, la Corte no puede adoptar una decisión condicionada por las siguientes razones.

a) No se está frente a situaciones en las cuales existen dos o más interpretaciones divergentes, una de las cuales es compatible con la Constitución. En todos los casos (salvo el artículo 8), se está en una situación en la que no existen elementos que permitan distinguir entre quienes incurren en los delitos con capacidad de daño a los bienes jurídicos tutelados. Para que pudiera adoptarse una decisión condicionada, alguno de los elementos del tipo deberían permitir identificar tales conductas.

En el caso del daño (art. 1), en que aparece una situación de agravación punitiva cuando se realiza la conducta con fines terroristas, un posible condicionamiento conduciría a una modificación del tipo penal y a la consecuente violación del principio de legalidad, habida consideración que habría que introducir el agravante dentro de la descripción típica básica.

Además, implicaría una restricción inadmisibles a la libertad de configuración del legislador, extensible a los restantes tipos penales, suponer que la única conducta que daña de manera concreta los bienes jurídicos tutelados, es el terrorismo, cuando el mismo decreto declarativo del estado de conmoción interior, identifica otras situaciones.

b) La Corte no puede modificar las penas, tanto en lo máximo como en lo mínimo, por cuanto es un asunto que, salvo absoluta desproporcionalidad<sup>41</sup>, es de absoluta reserva del legislador.

Por lo anterior, al declararse inexecutable los aspectos centrales de la regulación, deben retirarse las demás disposiciones que pierden su sentido y razón de ser. En este sentido, la Corte en sentencia C-251 de 2002, afirmó:

“...un sistema es una articulación de elementos que constituye una totalidad. En tal contexto, si el pilar del sistema es declarado inexecutable, es lógico concluir que debe también declararse la inconstitucionalidad de todo el sistema. La razón de ser de esa doctrina es simple: no tiene sentido preservar en el ordenamiento elementos de una totalidad, que carecen de contenido propio tomados aisladamente, ya que su verdadero significado dependía de su lugar en la totalidad normativa de la cual formaban parte. se declarará la inexecutable total del decreto”.

Por ello, se declarará la inexecutable total del decreto.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

RESUELVE:

Declarar INEXECUIBLE el Decreto 1900 de 2002.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-939/02

SANCION PENAL O AUMENTO DE PENA EN CONMOCION INTERIOR-Límites señalados en decisión no emanan de la Constitución y son contrarios a la ley estatutaria (Salvamento de voto)

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Límites a tipificación de conductas señaladas en decisión no emanan de la Constitución ni de la ley estatutaria (Salvamento de voto)

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Tipificación condicionada a vinculación de la conducta desplegada en cada caso (Salvamento de voto)

INEXEQUIBILIDAD DE LEY POR UNIDAD NORMATIVA-Presupuestos (Salvamento de voto)

NORMA PROCESAL EN TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Aplicación (Salvamento de voto)

CONMOCION INTERIOR-Facultades del Ejecutivo para tipificar penalmente conductas y aumentar y reducir penas/CONMOCION INTERIOR-Facultades del Ejecutivo para modificar disposiciones de procedimiento penal (Salvamento de voto)

TIPO PENAL NUEVO O AUMENTO DE PENAS EN CONMOCION INTERIOR-Efectos en el tiempo (Salvamento de voto)

NORMA LEGAL-Eficacia jurídica/NORMA LEGAL-Eficacia social (Salvamento de voto)

NORMA LEGAL-Vigencia y eficacia (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-No lo constituye eficacia jurídica ni eficacia social (Salvamento de voto)

CONMOCION INTERIOR-Duración de normas de excepción y duración de efectos (Salvamento de voto)

CONMOCION INTERIOR-Eficacia de medida de excepción dentro del contexto de temporalidad (Salvamento de voto)

DECRETO DECLARATORIO Y DE DESARROLLO LEGISLATIVO DE CONMOCION INTERIOR-Conexidad material (Salvamento de voto)

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR-Finalidad de medidas (Salvamento de voto)

TIPO PENAL O AUMENTO DE PENAS EN CONMOCION INTERIOR-Creación de normas más técnicas (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD REDUCTORA (Salvamento de voto)

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR SOBRE TIPO PENAL Y AUMENTO DE PENA-Constitucionalidad (Salvamento de voto)

La posición de la mayoría toma pie en la confusión entre la duración de las normas de excepción y la duración de sus efectos. En efecto, no resulta lógicamente posible que el constituyente exija simultáneamente el cumplimiento de principios que puedan resultar sustancialmente antagónicos. En realidad, lo que sucede es que la eficacia jurídica de las normas no puede ser entendida como su aptitud para lograr efectivamente el restablecimiento del orden durante el término de la conmoción -pues tal concepto coincide con el de eficacia social mas no jurídica-, sino en que “durante su vigencia temporal” sea susceptible de producir efectos jurídicos (tales como la apertura de investigaciones, la detención preventiva, el llamamiento a juicio, y la eventual condena de delincuentes); y la conexidad y finalidad de la norma, no pueden ser entendidas sino como el direccionamiento de tales efectos jurídicos al restablecimiento de la normalidad o a impedir la extensión de los efectos de la alteración del orden. Sin embargo, por su naturaleza temporal, el examen de la conexidad o finalidad de las medidas de excepción no puede llevarse a cabo sino respecto de los efectos jurídicos que produce la norma durante su vigencia, es decir de la efectividad jurídica de la misma durante este lapso.

PRINCIPIO DE CONEXIDAD EN DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR-Cumplimiento (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE FINALIDAD EN DECRETO DE CONMOCION INTERIOR SOBRE TIPO PENAL Y AUMENTO DE PENA-Cumplimiento (Salvamento de voto)

TIPO PENAL EN CONMOCION INTERIOR-Condicionamiento de exequibilidad (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DECRETO DE CONMOCION INTERIOR SOBRE TIPO PENAL Y AUMENTO DE PENA-Cumplimiento (Salvamento de voto)

Referencia: expediente R.E 119

Revisión constitucional del Decreto 1900 de 2002 “Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Con el debido respeto salvamos el voto respecto del fallo adoptado en el asunto de la referencia, por las razones que exponemos en seguida relativas a los fundamentos con base en los cuales se adoptó la referida decisión.

Para efectos de esta exposición, haremos primero una enunciación general de las razones por las cuales no compartimos la posición mayoritaria, para entrar, más adelante, en una exposición pormenorizada de los argumentos jurídicos que nos llevaron a disentir.

1. Razones por las cuales no es posible compartir los fundamentos del fallo adoptado por la mayoría

La Sentencia de la cual nos apartamos estimó que las facultes legislativas del Ejecutivo durante el estado de conmoción interior debían respetar ciertos límites establecidos en la Constitución y en la Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción. A juicio de los suscritos, dichos límites o bien no existían y fueron deducidos por la mayoría sin un adecuado soporte normativo, contrariando más bien el texto de la mencionada ley estatutaria, o bien no podían expresarse a manera de teoría general, como lo postula el fallo del cual discrepamos.

Los límites que fueron señalados por la mayoría son de dos clases: unos se refieren a la potestad del ejecutivo para imponer mediante decreto ejecutivo sanciones penales o incrementar las penas fijadas en los tipos penales de la legislación ordinaria y otros a la facultad ejecutiva de tipificar conductas punibles. A cada una de esta categoría de limitantes nos referiremos separadamente:

a. Límites a las facultades de imponer sanciones penales o incrementar las existentes:

Los límites señalados por la mayoría relativos a la potestad ejecutiva de incrementar las penas fijadas en los tipos penales de la legislación ordinaria no emanan directamente de la Carta y resultan expresamente contrarios a lo establecido con claridad por el artículo 44 de la mencionada Ley estatutaria sobre estados de excepción, norma sobre la cual, como antes se dijo, recaía una sentencia de exequibilidad incondicional con efectos de cosa juzgada absoluta y erga omnes que la Corte desconoció abiertamente.<sup>42</sup> Dichos límites introducidos por la Corte en el fallo del cual nos apartamos, conducen a descartar la posibilidad de incrementos punitivos en los tipos existentes en la legislación penal ordinaria, posibilidad expresamente autorizada por el referido artículo 44 de la Ley estatutaria de estados de excepción que al respecto reza así:

“Durante el Estado de Conmoción Interior, mediante decreto legislativo, se podrán tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas...”

Sobre esta misma categoría de límites referentes a las potestades del ejecutivo para imponer sanciones penales o aumentarlas, tampoco deviene ni de la Constitución ni de la Ley estatutaria aquel según el cual cuando se trata de conductas que hasta el momento no estaban consideradas como punibles en la legislación ordinaria, las sanciones impuestas deben ser de tal naturaleza, que puedan tener su plena efectividad durante la vigencia del estado de excepción. Dicho límite impone el diseño de una sanción cuyo cumplimiento se erige en una imposibilidad jurídica y en cambio impide el logro de otros objetivos de carácter procesal que pueden ser perseguidos con el señalamiento de penas de larga duración, como por ejemplo puede ser la no operancia de algunas causales para conceder la libertad provisional durante el estado de conmoción. La medida consistente en señalar sanciones extensas hace más estricto el régimen de ese beneficio y de esta manera pretende impedir que las personas detenidas, sindicadas de haber cometido tales ilícitos, eludan la acción de la justicia.

b. Límites en cuanto a la facultad ejecutiva de tipificar conductas punibles:

La sentencia de la cual nos apartamos afirma que para la definición del tipo penal, el Ejecutivo se encuentra sujeto a la siguiente categoría de límites:

“(i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material, (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que recoge el principio de finalidad; y, (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en relación directa con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.”<sup>44</sup>

Más adelante, el fallo profundiza en el alcance de cada una de estas restricciones. En esta parte, respecto del límite impuesto por el principio de finalidad, según el cual en la definición del tipo el Gobierno está limitado a describir conductas que pongan en peligro el orden público, la Sentencia advierte que “no son admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden público, sino que se demanda una precisión sobre la capacidad concreta de alterar en forma grave el orden público.”<sup>45</sup> En tal virtud, los delitos que describa el Ejecutivo deben ser “tipos penales, aunque se contemplen como pluriofensivos, (que) deben contener elementos que permitan identificar conductas que, de forma inmediata y directa, ponen en peligro tales bienes jurídicos” (convivencia ciudadana, seguridad del Estado y estabilidad institucional) ... “Es decir, deben contemplar tipos penales de peligro concreto.”<sup>46</sup> Estos tipos, según lo define la misma Sentencia, son aquellos en los cuales “no basta con la realización de la conducta prohibida por el ordenamiento, sino que se requiere fundamentalmente la presencia de un elemento adicional: que en el caso concreto, el juez determine si esa situación peligrosa prohibida por el tipo penal, efectiva y realmente ha generado un peligro próximo para el bien jurídico.”<sup>47</sup>

Profundizando en la categoría de límites que se imponen al Ejecutivo a la hora de definir tipos penales, la Sentencia continua indicando que dichos tipos “no pueden proteger exclusivamente bienes de naturaleza individual”. Al respecto el mismo fallo cita como

ejemplos de tales “bienes de naturaleza individual” la vida, la integridad personal o el patrimonio económico.

En cuanto a la anterior categoría de límites señalados en la Sentencia en relación con la facultad ejecutiva de tipificar conductas punibles, algunos de ellos no podían ser expresados a manera de teoría general como lo hace el fallo, pues no se derivaban directamente de la Constitución o de la Ley estatutaria. En este punto los suscritos magistrados disidentes son enfáticos en señalar que el desarrollo de las normas constitucionales y estatutarias no corresponde hacerlo a esta Corporación, quien no puede derivar de ellas sub normas por vía jurisprudencial.

El desarrollo del artículo 213 de la Constitución Política referente al Estado de Conmoción Interior, en el tema concreto de las atribuciones ejecutivas en materia penal, fue hecha por el Congreso Nacional en el artículo 44 de la Ley Estatutaria 137 de 1994. Aquí se le reconocen al Gobierno atribuciones para “tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos.” Los límites a estas facultades son igualmente señalados en forma expresa por la misma disposición de la siguiente manera:

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

- a) Se trate de hechos punibles que guarden relación directa con las causas que originaron la declaratoria del Estado de Conmoción Interior o pretendan impedir la extensión de sus efectos;
- b) Se respete lo dispuesto en materia de juzgamientos por los tratados internacionales ratificados por Colombia;
- c) Se garanticen los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, así como la vigencia del artículo 228 de la Carta;

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

Algunos de los límites señalados en la Sentencia de la cual nos apartamos no están contemplados en la disposición antes transcrita. De manera particular, la norma estatutaria no indica que los tipos penales tengan que ser de peligro concreto, ni tampoco que mediante ellos no se pueda proteger exclusivamente bienes jurídicos de naturaleza individual, como por ejemplo la vida.

Tampoco el límite supuestamente derivado del principio de finalidad según el cual el destinatario de la norma que describe tipos penales debe estar en relación directa con las causas o motivos que dieron lugar a la declaración de conmoción interior proviene del texto constitucional ni del estatutario, y en el presente caso tampoco puede extraerse de la motivación del Decreto 1837 de 2002. En efecto, según el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, que en este punto desarrolla el artículo 213 de la Carta en lo relativo a las facultades ejecutivas para tipificar penalmente conductas, son las conductas o los hechos punibles descritos en tipo penal los que deben guardar relación de conexidad y finalidad con las

causas de la perturbación del orden y no las personas en sí mismas consideradas, como destinatarias de las medidas punitivas. Y ello es así porque, aun en tiempos de excepción, las facultades legislativas del ejecutivo en materia penal deben ejercerse para la adopción de medidas generales, impersonales y abstractas, por lo cual no pueden estar dirigidas exclusivamente a ciertas personas, que en este caso serían concretamente los integrantes de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden.

Es cierto sí, que en virtud del principio de finalidad sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado o la convivencia ciudadana y que las conductas descritas deben lesionar o poner en peligro el orden público, aunque no necesariamente debe tratarse de un peligro calificado como “concreto” en los términos de la Sentencia. En tal sentido, algunas de las descripciones típicas contenidas en el Decreto 1900 de 2002 no podían considerarse constitucionales sin condicionamientos, pues en general reprimían conductas que no siempre están asociadas con las causas que según el Gobierno determinaron la alteración del orden, ni su represión contribuía al estrangulamiento de las fuentes de financiación de las organizaciones delincuenciales que han alterado el orden público. No obstante, introduciendo el condicionamiento relativo a la necesaria vinculación de la conducta desplegada en cada caso, con la actividad de los grupos al margen de la ley responsables de la alteración del orden, las normas descriptivas de tales conductas punibles hubieran podido declararse exequibles.

De esta manera, los hechos punibles tipificados en el referido Decreto, con el referido condicionamiento que había sido propuesto a la Sala Plena y que no fue aceptado por la mayoría, cumplían el principio de finalidad, pues tipificaban conductas alta y directamente desestabilizadoras del orden como lo son los atentados contra la infraestructura energética de hidrocarburos o reprimían comportamientos que constituyen la fuente inmediata del poder financiero de las organizaciones delincuenciales, con lo cual las fortalecían en sus actividades desestabilizadoras del orden público; recuérdese que este poder financiero había sido considerado en el Decreto 1837 de 2002, mediante el cual se declaró la conmoción interior, como una de las causas de perturbación del orden público, por lo cual, dentro de las medidas cuya adopción consideraba necesaria el Gobierno, estaba la de lograr el estrangulamiento de tales fuentes de ilícita financiación.

#### c. Sobre la extensión de la decisión a las normas de carácter procesal

Tampoco podemos compartir la decisión de declarar inexecutable las normas de carácter procesal, bajo el único argumento de que habrían perdido su razón de ser. A la base de esta decisión, la Corte estimó que tales normas conformaban una unidad normativa inescindible, lo cual no se ajustaba a la realidad. Como lo manifestamos en el salvamento de voto a la sentencia C-251 de 2002, que declaró inexecutable la Ley 684 de 2001 sobre seguridad nacional, la declaración de inexecutable total de una ley, bajo el argumento de que ella constituye de manera general una unidad normativa, debe producirse con base en la demostración rigurosa de la vinculación esencial de sus disposiciones y de la consecuente inseparabilidad de aquellas encontradas particularmente inexecutable. La separabilidad de una disposición, ha dicho la Corte, “consiste en la posibilidad de excluirla del texto dentro del cual está insertada, sin alterar substancialmente este último. Para estos efectos debe

entenderse como alteración substancial aquella que hace que la propuesta legislativa globalmente considerada, no sea la misma sin la norma excluida, sino otra radicalmente diferente. El criterio que define la separabilidad es entonces prevalentemente material, es decir referido al sentido y alcance de la regulación y no a aspectos formales como la numeración de las disposiciones, la ubicación de las mismas dentro del texto completo de la ley, su denominación o la cantidad de ellas.”<sup>48</sup> La inseparabilidad, contrario sensu, es la imposibilidad de retirar de una ley una disposición aislada, sin alterar el contenido sustancial de aquella, por lo cual pronunciada la inexecutable particular de la norma inseparable la decisión debe necesariamente extenderse respecto del texto íntegro de tal ley. La inseparabilidad viene a ser entonces el presupuesto lógico de la unidad normativa general que se predica de todo su texto.

Si bien es cierto que en ciertos casos las leyes contienen normas que podrían llamarse accesorias de otras, sin las cuales las primeras carecen de sentido, pudiendo en esos casos predicarse la unidad normativa de todo el contexto legal, los suscritos estiman que no era ese el caso del Decreto 1900 de 2002, cuyas normas de procedimiento resultaban aplicables al juzgamiento de las conductas de hurto o contrabando de hidrocarburos, las cuales, después de retirados del ordenamiento los tipos penales del Decreto legislativo, continúan hoy siendo sancionadas como conductas punibles por la legislación penal ordinaria.

Hecha la enunciación general de las razones de nuestra discrepancia, pasamos la exposición pormenorizada de los argumentos jurídicos que nos llevaron a disentir.

I. Facultades del Ejecutivo para tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal durante el estado de conmoción interior

1. Las facultades del Gobierno para tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como para modificar las disposiciones de procedimiento penal durante el estado de conmoción interior son reconocidas expresamente por el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, estatutaria sobre los estados de excepción. Tales facultades son ejercidas mediante la expedición de decretos legislativos que, en los términos del artículo 213 de la Constitución Política, pueden suspender la legislación incompatible con el estado de conmoción interior, pero que dejan de regir “tan pronto como se declare restablecido el orden público”.

Con anterioridad a la expedición de esta norma, la jurisprudencia examinó los alcances de esta facultad, en especial en lo relativo a los efectos en el tiempo de los decretos legislativos que modificaban la legislación penal aumentando las penas o que creaban nuevos tipos penales señalando las sanciones correspondientes. El problema lógico jurídico que motivó la atención de los jueces de la constitucionalidad de este tipo de decretos es el que se origina por la naturaleza de la medida adoptada por el legislador de excepción (aumento de la pena o fijación de una nueva antes no existente), medida que per se tiene vocación de permanencia al fijar sanciones cuya duración excede la del estado de excepción que justifica su adopción, vocación de permanencia ésta que contradice la naturaleza eminentemente transitoria del estado excepcional.

Es decir, si por su naturaleza la medida adoptada es de carácter permanente, al paso que el estado de excepción no lo es, resulta que no le sería legítimo al Gobierno adoptarla sin

desconocer los límites temporales de su propia competencia legislativa excepcional. Esta conclusión conduciría a la inconstitucionalidad de los decretos legislativos que determinan aumentos de punibilidad o creación de nuevos tipos penales, por desconocimiento del carácter temporal de las medidas que dentro del estado de conmoción (o de sitio) pueden adoptarse.

Empero, el problema puede resolverse acudiendo a afirmar y ratificar el carácter temporal de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, incluidos los que aumentan penas. Si se admite que incluso estos últimos cesan en sus efectos una vez se declare reestablecido el orden público, y que por lo tanto las penas que fueron aumentadas no resultan imponibles con posterioridad a la finalización del estado excepcional, entonces se respetan los principios de temporalidad del estado excepcional y también el de favorabilidad según el cual la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior, se aplicará preferentemente a la restrictiva o desfavorable (C.P. art. 29).

2. Esta polémica se ve reflejada en la jurisprudencia vertida por la h. Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución anterior, algunos de cuyos fallos examinaron el problema de la siguiente manera:

- Mediante Sentencia No 35 de 10 de mayo de 1984 la h. Corte Suprema de Justicia examinó la constitucionalidad del Decreto N° 669 de 1984, por el cual el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la declaratoria de Estado de Sitio, tipificó algunas contravenciones relacionadas con el porte de elementos que servían para ocultar la identidad de personas y con el porte o almacenamiento de gasolina, elementos químicos o explosivos. Como fundamento de la decisión de constitucionalidad adoptada, ese Tribunal afirmó lo siguiente:

“Como se ha visto, la Procuraduría solicita a la Corporación la declaración de inexecutable de las normas revisadas. Y lo hace sobre un único argumento, que las disposiciones previstas en aquél tienen a su juicio vocación de permanencia, con lo cual se desvirtuaría el carácter transitorio propio de las normas dictadas como consecuencia e implantación del Estado de Sitio. En otras palabras que la tipificación de conductas contravencionales en el artículo 1º tiene carácter permanente y que la inconstitucionalidad de los demás artículos se deriva de aquel.

“Encuentra la Corporación sin embargo, que la mentada permanencia deducida por la Procuraduría carece de asidero, atendida la estructura y redacción del Decreto sometido a revisión. Ciertamente la descripción de las conductas contravencionales corresponde a la técnica habitualmente empleada en la legislación criminal, sin que ella signifique por sí misma que tengan carácter permanente. Por otra parte, el Decreto no está expresando en ninguna de sus normas que la vigencia de las citadas conductas, se prolongue más allá del Estado de Sitio.

“(…)

“Conviene subrayar que la Corte ha entendido siempre que en el marco del Estado de Sitio, la tipificación de conductas contravencionales “sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar”, tal como lo prevé en este caso el artículo 1º del Decreto revisado, se ajusta

igualmente a los mandatos de la Constitución (Sentencia de diciembre 2 de 1976)”

1.

1. - En la Sentencia N° 49 de 14 de junio de 1984, la Corte Suprema de Justicia examinó la conformidad con la Constitución Nacional de 1853 del Decreto 1041 de 1984, que creaba nuevas conductas contravencionales y fijaba penas. En esta ocasión se desestimó la inexecutable de las disposiciones correspondientes aduciendo al respecto los siguientes argumentos:

“La determinación de la Pena en el Estado de Derecho

“...La Corte desestima la tesis de la Procuraduría de que por la mera circunstancia de señalarse en el inciso primero del artículo 1º del Decreto legislativo número 1041 de 1984 como término máximo de la pena imponible el de un año, se esté violentando el artículo 121 de la Carta, con el argumento de que éste sólo permite al legislador excepcional de estado de sitio tomar medidas provisionales o transitorias pero no de vocación de permanencia.

“Esta Corporación parte del axioma, algo olvidado, de que durante el estado de sitio no se suspende el Estado de derecho sino que precisamente aquella institución excepcional tiene por finalidad el restablecimiento del orden público alterado y la restauración completa de la normalidad institucional, dentro de los cauces de su recuperación señalados en la misma Carta (Arts. 120-7, in fine, y 121 C.N.) Destacase como corolario que el artículo 121 de suyo no permite sino que repudia la normatividad preventora o policiva, ambigua, ex post facto, indeterminada o impredecible (propia del Estado totalitario o Estado de Policía), y que en cambio se adecua a la regulación represora o punitiva, clara, nítida, precisa, preexistente, impersonal y determinable (propia del Estado de Derecho), con la que se busca restablecer el orden público alterado o atenuar los efectos de su alteración.

“Por lo mismo, el legislador excepcional no puede válidamente eludir su deber constitucionalmente impuesto en el artículo 28 de la Carta “aún en tiempo de guerra” y por ende para todo tiempo, de atender que nadie podrá ser penado ex post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto -así sea legislativo- en que previamente se haya prohibido el hecho y determinado la pena correspondiente.(Subraya la Corte)

“Paradójicamente, lo que resultaría de lo expuesto en la Vista Fiscal sería la indebida aplicación del artículo 121 en su mandato de provisionalidad, interpretándolo como indefinido en el tiempo al impedirle al gobierno que especifique la duración de la pena de privación de la libertad o que se fije pena alguna, induciendo entonces al inevitable quebranto del artículo 28 en el que a las claras y sin tanto rodeo se prescribe que ni aún en tiempo de guerra el legislador, el gobierno u otra autoridad están eximidos de su obligación de señalar la pena correspondiente.

“La apreciación de que el gobierno mediante decretos legislativos de estado de sitio no puede señalar pena o que sólo puede mencionarla pero indeterminada en el tiempo, con vocación, ahí sí, permanente, es antinómica no sólo frente a los mandatos de los artículos 28

y 121 de la Constitución en los que ante todo se prohíbe, en su orden la pena y el estado de sitio indefinido, sino ante la razón de ser de toda ella, con sustento en la cual se parte de un orden normado de naturaleza represiva y no preventiva, que aún en estados de excepción apenas permite expedir disposiciones tendientes al restablecimiento de un orden alterado, pero que prohíbe la facultad de tomar medidas de prevención a toda costa respecto de un orden ya turbado para que no se acabe de alterar, según lo que vaya aconteciendo, con carácter ex post facto y no preexistente y desconociendo la necesidad e determinación punible de los hechos recriminables, hasta concluir en el absurdo de que la duración de la pena no depende de la gravedad del hecho punible, ni de la responsabilidad del agente, sino del tiempo que se requiera para dar por establecido el orden público.

“(…)

“Por último, adviértase que el principio constitucional normado en el inciso segundo del artículo 26, en el que se ordena aplicar en materia punitiva la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la restrictiva o desfavorable, releva al juez constitucional de cualquier digresión sobre implicaciones de las penas impuestas para estado de sitio una vez que éste sea levantado, dado el mandato del artículo 121 de la Carta, en el que se prevé expresamente que “...tan pronto haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior,...dejarán de regir los decretos... que haya dictado” el gobierno.” (Negritas fuera del original)

- Mediante Sentencia de 10 de marzo de 1989, la h. Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto 2490 de 1988, expedido por el presidente Virgilio Barco, mediante el cual se tipificó el delito de homicidio de grupos alzados en armas, que fue sancionado con pena de prisión perpetua. Para retirar del ordenamiento por inexecutable los artículos 1° y 2°, que justamente se referían a esta pena de prisión perpetua, ese Tribunal expuso estas razones:

“La perpetuidad de la pena que contempla el inciso primero del artículo 1° y el artículo 2° del Decreto 2490 de 1988, supone que ésta debe durar y permanecer cuanto menos hasta tanto el condenado viva, e implica que no puede ser decretada por virtud de una norma que, por disposición de la misma Carta, solo puede extender su vigencia extraordinaria hasta tanto haya la guerra exterior o cesado la conmoción interior.

“Se ha admitido que, en estas condiciones, el ejecutivo puede decretar no sólo la creación de nuevas figuras delictivas, sino además, señalar las penas que les corresponda a éstas, pero en el entendido de que dichas penas pueden en extremo lógico llegar, en la hipótesis de la prolongada vigencia temporal del régimen de excepción, a durar tanto como dure la perturbación del orden público, sin que se extiendan ni puedan extenderse más allá que ésta, exigiéndose siempre su vocación temporal.

“Así, la pena de prisión perpetua no puede fundarse en disposiciones circunstanciales y transitorias, como son las que está autorizado a expedir el ejecutivo dentro de las competencias excepcionales de que está revestido por virtud de la declaratoria de estado de sitio.

...

Es claro entonces que los decretos legislativos que dicta el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121, son, conforme al texto del mismo artículo, de naturaleza temporal, cuando se señala que ellos no derogan las leyes sino que suspenden las que son incompatibles con el estado de sitio, y cuando se declara que sus efectos cesan con el restablecimiento del orden público. Entonces por medio de estos decretos no es lógico y racional, desde el punto de vista de los fines consagrados por el constituyente, que se adopten medidas que tienen por sí solas carácter de permanencia. Así lo destaca el doctor Álvaro Copete Lizarralde en los siguientes términos:

“... ”

“y es que la lógica de las cosas impone esta conclusión. Si el constituyente ha dicho que tan pronto como se haya restablecido el orden debe ser levantado el estado de sitio, y si además, ha estatuido que levantado el estado de sitio ha de cesar la vigencia de los decretos dictados en uso de esa potestad extraordinaria, resultaría contradictorio que la carta diese al Gobierno facultad para dictar medidas de intrínseco carácter permanente cuya suspensión fuese causa para perturbar nuevamente el orden público. Sostenemos, pues, que el Gobierno excede las facultades del artículo 121 cuando dicta decretos que requieren ser convertidos en legislación permanente. (Alvaro Copete Lizarralde, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Lerner, tercera edición, revisada 1960- citado por la Sentencia)”

El anterior fallo tuvo el salvamento de voto de varios magistrados que no estuvieron de acuerdo con la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º, que fijaban la pena de cadena perpetua para ciertos delitos, y que al respecto expresaron lo siguiente:

“Nadie duda, en efecto, que el instituto del estado de sitio es excepcional y por ello mismo está diseñado como transitorio y pasajero, no solamente porque las disposiciones tomadas a su abrigo dejan de regir cuando él cesa y suspenden sin derogarlas las normaciones incompatibles anteriores, sino también porque su mismo propósito y designio es el de acabar con la perturbación que le ha dado origen y para ello, y sólo para ello, está establecido por manera que se considera que la normalidad quebrantada por la conmoción debe ser ganada nuevamente y resurgir gracias a su efectivo control. Su propia naturaleza y su entronque al sistema hacen del estado de sitio una institución provisional.

“Aceptado lo anterior sin hesitaciones, debe destacarse que la dificultad aparece cuando se trata de medir esa transitoriedad, de escoger el metro objetivo que pueda dar dimensiones al menos de alguna y relativa precisión a esa temporalidad. ¿Por cual rasero debe comensurarse?

“Y a este respecto y respetuosamente debemos decir que la sentencia no define este asunto tan trascendental para la decisión y que su imprecisa y por tanto absoluta posición trae como consecuencia dos resultados que por ser ilógicos demuestran su incorrección, ya que, efectivamente planteada la tesis como en ella está, haría imposible cualquier legislación de emergencia por cuanto, al no saberse cuánto va a durar el estado provisional, ningún efecto proyectado en el tiempo podría mandarse; y así en primer lugar, no sería dable imponer sanciones, por ejemplo de un día, de un mes o de un año porque el estado de sitio podría dejar de regir antes de transcurridos esos términos o cualquier otro que devendría inconciliable con la fugacidad así medida del estado de excepción; y, en segundo lugar,

siguiendo la misma pauta, cabe preguntar cómo la sentencia ni siquiera cuestiona la sanción de hasta seis años y ocho meses para el delito de lesiones personales...

...

"...deben diferenciarse la duración de las normas del estado de emergencia -que termina cuando ésta se cancela- y la duración de los efectos producidos al amparo de esa normación, ya que una cosa es, como lo ordena clara y terminantemente la Constitución, que expire la vigencia de los decretos excepcionales, y por lo tanto no se apliquen a situaciones que se den en la nueva época, y otra bien distinta que continúen los efectos surtidos bajo esa normatividad.

"Para entender lo anterior y sustentar su veracidad es suficiente predicar que el estado de sitio es un instituto de excepción pero es un régimen válido, como no puede dudarse.

"Y también anotar que el paso de un estado de sitio a uno de normalidad se rige por los principios comunes del tránsito de legislación, de los efectos de las leyes sucesivas en el tiempo, que no arrasan y aniquilan situaciones jurídicas consolidadas ni extinguen de por sí todos los efectos cumplidos y que deban cumplirse... Es obvio, claro está, que en materia penal opera el principio de la favorabilidad, pero en manera separada y no porque así lo imponga el carácter transitorio o provisional del estado de sitio, no como consecuencia de esta calidad sino cabalmente por la aplicación de un fenómeno distinto, imperado de forma contundente por la propia Constitución y aceptado por las formas penales, que es ni más ni menos uno de los elementos de la misma teoría ordinaria del cambio de leyes.

"De lo anterior se colige que el Decreto que levanta el Estado de sitio sólo produce efectos hacia el futuro y en manera alguna hacia el pasado, y su vigencia no puede retrotraerse a la fecha en que se decretó aquella emergencia ya que ello equivaldría a arrasar situaciones jurídicas surgidas de hecho o hechos no creados por el Ejecutivo sino reconocidos por él en el Decreto que declara el estado de sitio, situaciones que pudieron haberse consolidado generando derechos a favor de terceros, o se concretaron en medidas sancionatorias de hechos ilícitos que se deben mantener en beneficio de la comunidad, todo lo cual se entiende sin perjuicio desde luego, de la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal cuando a ello hubiere lugar.

...

"Por todo lo hasta aquí dicho, no compartimos la siguiente afirmación de la ponencia:

"Se ha admitido que, en estas condiciones, el ejecutivo puede decretar no sólo la creación de nuevas figuras delictivas, sino además, señalar las penas que les corresponda a éstas, pero en el entendido de que dichas penas pueden en extremo lógico llegar, en la hipótesis de la prolongada vigencia temporal del régimen de excepción, a durar tanto como dure la perturbación del orden público, sin que se extiendan ni puedan extenderse más allá que ésta, exigiéndose siempre su vocación temporal"

...

"Si pues, levantado el estado de sitio, desaparece la figura o tipo de homicidio especialmente

agravado de que se trata, pero subsiste, conforme a la legislación que sí resurja, el del homicidio simple con pena más benigna, operarán las reglas del tránsito de legislación y entre ellas la de la favorabilidad para que, mediante el mecanismo adecuado, se ajuste la sanción, como en cualquier otro caso, inclusive en aquél de sanciones de duración determinada y fija.

“Finalmente, entonces, aunque conceptual y políticamente no estamos de acuerdo con la pena de prisión perpetua, máxime cuando no se dan virtualidades a la eventual resocialización de reo, no encontramos en la Constitución motivo suficiente y valedero para declarar inconstitucionales los artículos 1° y 2° del Decreto 2490 del 30 de noviembre de 1988...”<sup>52</sup>

- Mediante la Sentencia N° 43 del 13 de julio de 1989<sup>53</sup>, la h. Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el Decreto 1194 de 1989, por el cual se establecían nuevas modalidades delictivas relacionadas con actividades de grupos armados, comúnmente denominados escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada. En este fallo la Corte encontró que los preceptos que examinaba, que describían nuevas conductas y señalaban las penas correspondientes, no quebrantaban los preceptos superiores; en sustento de esta decisión afirmó:

“Encuentra la Corte que los preceptos reseñados no quebrantan ningún precepto superior, pues con carácter excepcional y transitorio particularizan nuevas conductas ilícitas y le señalan las penas correspondientes, con el fin de reprimir comportamientos especialmente nocivos para la tranquilidad y seguridad de las comunidad, que es el interés prevalente que define la orientación de las medidas de excepción”.

- En la Sentencia N° 1 de 19 de enero de 1989<sup>54</sup>, que recayó sobre el Decreto 2200 de 1988 mediante el cual el presidente había convertido en conducta contravencional la organización, dirección, promoción, fomento o estimulación de movimientos que tendieran al cese total o parcial de las actividades laborales, la h. Corte Suprema de Justicia no estimó que el señalamiento de la pena de arresto fijada para tal contravención tuviera el alcance de desconocer los mandatos superiores:

“Es competencia del legislador describir los hechos u omisiones que atentan contra el orden social y en consecuencia, señalar cuáles conductas constituyen delito y cuáles contravenciones, facultad que también puede ejercer el Presidente de la República durante el estado de excepción. En la disposición que se estudia se crean una serie de contravenciones que a juicio del Gobierno alteran el orden público, por lo que decide reprimirlas con pena de arresto, y señala el funcionario competente para conocer de ellas, como son los gobernadores, intendentes, comisarios y alcaldes, quienes cumplen actualmente por expresa disposición legal funciones de policía.

“No advierte la Corte que este mandato vulnere norma constitucional alguna y por el contrario acata lo dispuesto en el artículo 26 de las Carta, al garantizar el debido proceso, por cuanto define previamente los hechos u omisiones que constituyen infracción, señala el funcionario competente, determina la pena imponible y, en el artículo 5° del mismo Decreto, consagra el procedimiento que se debe seguir para imponer la dicha sanción de arresto, con lo cual se permite el ejercicio pleno del derecho de defensa.”

Como puede verse, con algunas excepciones la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia tuvo una tendencia a considerar que no desconocía la Constitución el que el presidente de la República ejerciera las facultades que le otorgaba la declaratoria de estado de sitio para crear tipos penales y fijar penas, o para aumentar las ya fijadas por el legislador ordinario para algunos delitos. En algunos casos, como se ve, al referirse al problema de la vocación de permanencia de tales medidas, resolvió el problema de constitucionalidad que ello podría implicar acudiendo a reafirmar el carácter transitorio de las normas de excepción y la vigencia del principio de favorabilidad.

3. Después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, pero antes de la expedición de la Ley 137 de 1994, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N°. 709 de 15 de abril de 1993 expedido con fundamento en facultades de conmoción interior, mediante el cual se disponía el incremento de penas para ciertos delitos anteriormente tipificados en la normatividad legal, se eliminaban ciertos beneficios penales y administrativos, y se modificaban algunas normas de procedimiento penal. En la Sentencia C-275 de 1993 esta Corporación examinó el problema de la temporalidad de este tipo de medidas y de la ineficacia de las mismas por efectos de la operancia del principio de favorabilidad y llegó a la conclusión de que el mencionado Decreto era inconstitucional:

“Las medidas que se tomen dentro del Estado de Conmoción Interior son de naturaleza transitoria.

“ Las medidas tomadas mediante el decreto objeto de análisis, tales como el establecimiento de nuevas penas, la de predicar una conexidad entre los delitos a que alude el artículo 1o. del decreto y los delitos políticos, la supresión de beneficios previstos por las normas penales y administrativas y la posibilidad de condenar con base en testimonios de personas de identidad reservada, no solamente se enderezan hacia la construcción de una legislación permanente, sino que ellas se hacen efectivas o se cumplen y realizan, y producen efectos, después de que fenece el estado excepcional en el que se fundaron, lo cual implica, que permanecen vigentes en forma intemporal, contrariando de este modo, la naturaleza transitoria, propia de las disposiciones del Estado de Conmoción Interior.

...

“En las facultades que el artículo 213 de la Constitución Nacional otorga al Gobierno, concurren tres aspectos, todos singulares o extraordinarios: \*Una actuación particular del estado; \*Una situación socio-política igualmente peculiar, determinante de la actuación estatal, y \*Unas medidas de igual forma excepcionales; por consiguiente, así como aquellas actuación y situación, son transitorias, dichas medidas, no pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo, como ocurre con las establecidas en los artículos 1o, 2o, 3o, 4o, 5o, 6o y 7o del decreto 709 de 1993, las cuales, independientemente de que obedezcan a criterios de proporcionalidad y racionalidad frente a los hechos que le sirven de causa -los que motivaron la declaratoria del Estado de Conmoción Interior- pasan a ser permanentes, y desnaturalizan así el estado de excepción, el cual sólo puede ser concebido, como se expresó antes, como una situación anormal, excepcional y transitoria.

“Debe concluirse, conforme a lo expuesto, que las normas del decreto 709 de 1993, son

inexequibles, por contradecir el criterio de necesidad temporal y no permanente, distintivo de las normas de los Estados de Excepción, lo cual demanda, particularmente en el cambio de la legislación penal, que dichas normas insinúen, mejor aún, indiquen, la transitoriedad de su vigencia y aplicación, de tal forma, que no aparezcan como desproporcionadas.<sup>56</sup>

“Es indubitable que la condición de transitorios que poseen los decretos de conmoción interior, denota que a través de ellos no se pueden tomar decisiones sobre materias que reclamen intrínsecamente la permanencia; en tal virtud, el Gobierno no puede dictar normas cuya cualidad sea la de ser permanentes. Así lo consideró la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 10. de 1989, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, al señalar que “por medio de estos decretos no es lógico y racional, desde el punto de vista de los fines consagrados por el constituyente, que se adopten medidas que tienen por sí solas carácter de permanencia”.

“La aplicación del principio de favorabilidad hace inócua la norma de carácter temporal y excepcional, en consecuencia ineficaz e innecesaria, y en este sentido inexecutable.

“Innegablemente, las normas del decreto que se revisa, en cuanto aumentan las penas, aluden a la no conexidad entre los hechos punibles de su artículo 1o, con delitos políticos, suprimen beneficios de naturaleza penal y administrativa y permiten condenar con fundamento únicamente en testimonios de personas con identidad reservada, no tienen una vigencia ininterrumpida; por consiguiente, el procesado o condenado, al recobrar vigencia las normas más benévolas o menos adversas, podrá aducir la aplicación de estas, invocando la operancia del principio de favorabilidad.

“Es comúnmente admitido, que tratándose de normas de naturaleza temporal, cuya vida está ya delimitada en el tiempo de manera expresa, y que apenas suspenden la vigencia de aquellas disposiciones que le sean contrarias, mientras dura su efímera existencia, y que consagran soluciones más desfavorables con respecto a las previstas en la ley anterior o en la que regirá después de su expiración, sus adversos efectos no se extienden ni retroactiva ni ultraactivamente.

“Siendo entonces el contenido de los artículos 1o, 2o, 3o, 4o, 5o, 6o y 7o del decreto que se revisa, inócua e inofensivo, por la carencia de poder intimidatorio, e innecesario, y aceptado, que en la vida de las relaciones jurídicas, la eficacia normativa debe constituir preocupación máxima del poder regulador del Estado, por la necesidad social que toda norma jurídica tiende a satisfacer, esta Sala considera que dichas normas se deben declarar inexecutable por inócuas, esto es, por no estar dirigidas a lograr la finalidad del inciso 2° del artículo 213 constitucional de “conjurar las causas de perturbación e impedir la extensión de sus efectos”.

Como puede verse, la Corte Constitucional, antes de la expedición de la Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción, rechazó la posibilidad de que mediante decretos legislativos expedidos con fundamento en el artículo 213 de la Carta el Ejecutivo adoptara medidas de incremento de la punibilidad, supresión de beneficios penales o modificación de las normas de procedimiento penal, al considerar que esta práctica desconocía el carácter temporal de las facultades legislativas presidenciales de excepción, y que, además, la vigencia del principio de favorabilidad hacía inócuas o ineficaces tal tipo de disposiciones

transitorias, lo cual corroboraba su inconstitucionalidad.

4. No obstante, el anterior no fue el criterio acogido por el legislador estatutario quien, al expedir el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, expresamente facultó al Ejecutivo para “tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos.”

En efecto, recuérdese cómo esta norma estatutaria, antes transcrita, sólo establece como límites para el ejercicio de esta facultad presidencial las prohibiciones de “modificar los procedimientos penales para suprimir la intervención del Ministerio Público en las actuaciones correspondientes” y de “tipificar como delito los actos legítimos de protesta social”, y siempre y cuando se den estas condiciones: que “se trate de hechos punibles que guarden relación directa con las causas que originaron la declaratoria del Estado de Comoción Interior o pretendan impedir la extensión de sus efectos”; “se respete lo dispuesto en materia de juzgamientos por los tratados internacionales ratificados por Colombia”; y “se garanticen los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, así como la vigencia del artículo 228 de la Carta”.

El último inciso del artículo 44, que se viene comentando, expresamente se refiere al problema de la transitoriedad de las medidas así adoptadas por el Ejecutivo disponiendo al efecto lo siguiente:

5. La anterior disposición fue declarada exequible por esta Corporación mediante la Sentencia C-179 de 199457, en donde se dijo lo siguiente:

“Los ciudadanos intervinientes junto con el Defensor del Pueblo y el Procurador General de la Nación solicitan la declaratoria de inexecutable de este artículo, pues consideran que en él se está confiriendo facultades al Gobierno para expedir los códigos penal y de procedimiento penal, labor que compete realizar exclusivamente al Congreso.

“En los estados de excepción, es inevitable que ciertas instituciones o mecanismos del Estado de Derecho se desdibujen, pero lo que hace que éste se mantenga es la circunstancia de que existan mecanismos previstos para evitar la arbitrariedad, es decir, sigan siendo conducentes las conductas normadas y controladas.

“Si bien es cierto que, ordinariamente, las normas penales tienen vocación permanente, también lo es que ciertas conductas puedan ser perturbadoras del orden, y que la respuesta a esas conductas es por una parte, coyuntural y, por otra, demandante de regulación permanente y que justamente por esa razón y para eso se le conceden al Gobierno, en estados de excepción, facultades del legislativo.

“No puede dejarse de lado que si es de reserva exclusiva del legislador en tiempo ordinario o de normalidad, determinar los comportamientos que deben ser castigados o penados, señalando la correspondiente sanción, bien puede el Presidente de la República, que durante los estados de excepción asume la potestad legislativa, tipificar delitos, fijar las penas, aumentar las existentes o disminuirlas, en fin dictar medidas represivas o no hacer aplicables las normas punitivas ordinarias a quienes han subvertido el orden, con la única finalidad de restablecer el orden público turbado, pues el Gobierno cuenta con todas las facultades para

hacerlo.

“Las normas penales ordinarias tienen vocación permanente; en cambio las normas expedidas durante el estado de conmoción interior son de carácter transitorio y dejan de regir tan pronto se declare restablecido el orden público.

“Aunque parezca reiterativo, debe insistir la Corte en que el hecho de que ciertas normas penales dictadas durante el periodo de conmoción interna produzcan efectos de carácter permanente, no equivale a afirmar que por esta circunstancia tales preceptos tienen vocación de permanencia, pues la normatividad que dicta el Gobierno en dicho periodo excepcional, como lo ordena la Constitución en su artículo 213, es eminentemente transitoria, y deja de regir una vez se haya logrado el restablecimiento del orden perturbado.

“Finalmente, debe anotarse que si bien es cierto las facultades que se le asignan al Gobierno durante el estado de conmoción interior permiten limitar o restringir ciertos derechos o garantías, no es menos claro que en ningún tiempo puede el Presidente de la República, como se dispone en la norma que se examina, suspender las normas que rigen el debido proceso (art. 29 C.N.); suprimir la intervención del Ministerio Público en las actuaciones correspondientes (art. 277-7 C.N.); como tampoco suprimir o modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento (art. 252 C.N.); todo lo cual encaja dentro del Ordenamiento Supremo.

“Así las cosas, el artículo 44 del proyecto de ley que se revisa será declarado exequible.”

6. El fallo parcialmente transcrito tenía efectos de cosa juzgada constitucional absoluta, por ser referente a una disposición de carácter estatutario; en efecto, el control automático de constitucionalidad que, en virtud de lo dispuesto por el numeral 8° del artículo 241 de la Constitución, ejerce esta Corporación sobre los proyectos de leyes estatutarias es integral y definitivo. Esta es la razón por la cual las normas estatutarias declaradas exequibles no pueden en el futuro ser objeto de acción pública de inconstitucionalidad y por la cual el respectivo fallo tiene alcance de cosa juzgada absoluta. Sobre el particular esta Corporación ha expresado lo siguiente:

“Los fallos que en ejercicio del control constitucional profiera la Corte Constitucional son, como se anotó, integrales. Por tanto, al momento de confrontar la norma revisada con la preceptiva constitucional, la Corte analiza todos y cada uno de los artículos del proyecto de ley estatutaria a la luz de todos y cada uno de los artículos del estatuto superior. En este sentido, los artículos que la Corte encuentre exequibles es porque son conformes con la totalidad del ordenamiento constitucional. Los que encuentre inexecutable son retirados del ordenamiento jurídico. Por tanto, una vez sancionado el proyecto y convertido en ley de la República, éste goza ya de un juicio de constitucionalidad favorable, constatado por medio de una sentencia.

“No sobra agregar que en sentencia de 9 de mayo de 1916 dijo la Corte Suprema de Justicia que, en tratándose de las objeciones presidenciales a una ley, declarada la exequibilidad, no

podía después, por la vía de la acción demandarse la ley porque desconocería la autoridad de cosa juzgada. En esa época no existía norma que estableciera la cosa juzgada constitucional hoy expresamente consagrada en el artículo 243 de la Constitución Política.

“Ahora bien, las sentencias que la Corte Constitucional profiera en ejercicio del control que nos ocupa, “hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, según el artículo 243 antes citado.

“En consecuencia, una ley estatutaria no sólo goza de constitucionalidad integral desde el inicio de su vigencia, sino que la sentencia que así lo constató goza de la fuerza de la cosa juzgada constitucional.

“Distinto sería, sin embargo, observa la Corte, el caso en el que el presunto vicio de inconstitucionalidad surja con posterioridad al control previo que ella realizó, evento en el cual ciertamente procede el control de constitucionalidad mediante acción ciudadana, de conformidad con el artículo 241 numeral 4° y 242 numeral 1°.

“Por ejemplo, si al momento de la sanción presidencial se viola la Constitución -si la ley es sancionada por un ministro u otro funcionario distinto del Presidente de la República-, el vicio de constitucionalidad es sobreviniente al pronunciamiento -previo- de la Corte y por tanto no ha sido objeto de sentencia alguna.”<sup>58</sup>

El carácter absoluto del fallo que recayó sobre el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción, no dejaba duda acerca de las facultades que debían serle reconocidas al Ejecutivo durante la conmoción interior para “tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos”, siempre que se respeten los límites y condiciones enunciados en el artículo 44 de la Ley 137 de 1994. Por lo cual, mientras subsistiera la disposición estatutaria mencionada, no era posible discutir la posibilidad que tenía el Ejecutivo para decretar aumentos en la punibilidad o configurar nuevos tipos penales durante el estado de conmoción interior. No obstante lo anterior, en el presente caso, so pretexto de señalar límites a esta facultad que antes fuera declarada exequible de manera incondicional, la Corte acabó modificando soterradamente la jurisprudencia precedente, que como se ha dicho había hecho tránsito a cosa juzgada absoluta y erga omnes, sentando así un precedente de irrespeto a este principio angular que domina la actividad jurisdiccional.

7. Ahora bien, como se dijo arriba, la manera específica en la que el legislador estatutario había regulado el problema de la temporalidad de las medidas adoptadas en materia penal por el Ejecutivo durante el estado de conmoción interior, se encontraba recogida en el último inciso del artículo 44 de la Ley 137 de 1994, según el cual “(l)evantado el Estado de Conmoción Interior los procesos iniciados serán trasladados a la autoridad judicial ordinaria competente para continuar el trámite de acuerdo con el procedimiento penal ordinario y las penas no podrán ser superiores a la máxima ordinaria.”

En estas breves líneas la Ley estatutaria regulaba los efectos de la pérdida de vigencia de la legislación transitoria y lo hacía acudiendo a los principios generales del tránsito de la legislación penal. La legislación ordinaria, que había estado suspendida por efectos de la de

excepción, recobraba su vigencia y debía ser mirada como si se tratara de una legislación nueva, de cara a los efectos de la ley penal en el tiempo. El inciso en comento expresamente prescribía esta nueva aplicación de la legislación ordinaria, es decir de la anterior a la de excepción. Así, la solución adoptada por el legislador estatutario dejaba a salvo los principios constitucionales de favorabilidad penal y de transitoriedad de las medidas adoptadas durante el estado de conmoción interior y respetaba también los principios generales sobre efectos de la ley penal en el tiempo, consagrados en la ley y usualmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. Conforme a estos, i) cuando la ley penal nueva reduce una pena, debe serle aplicada al reo; ii) cuando el tipo penal desaparece, el proceso seguido contra el sindicado de haber cometido tal conducta debe terminar, o el condenado por ella debe ser puesto en libertad; y, iii) cuando la ley procesal nueva le es más benéfica al sindicado, igualmente le debe ser aplicada.

Entonces, levantado el estado de conmoción interior, el decreto legislativo debía ser mirado como la ley antigua y la legislación ordinaria que recobraba vigencia como la ley nueva. Si en el primero una conducta configuraba un tipo especial agravado y en la legislación ordinaria dicha conducta subsistía como conducta reprimida, pero bajo otra calificación y con una pena más benigna, en aplicación del principio de favorabilidad el comportamiento debía ser reprimido conforme a esta nueva legislación que recobraba vigencia. Sería un caso de aplicación retroactiva de esta legislación ordinaria a una conducta llevada a cabo con anterioridad a su segunda entrada en vigencia, retroactividad justificada, como se dijo por el principio de favorabilidad.

Este y no otro era el alcance normativo lógico del último inciso del artículo 44 de la Ley estatutaria 137 de 1994, alcance que la Corte modificó so pretexto de la existencia de límites a las facultades del Ejecutivo, supuestamente derivados de la Constitución, que nada dice al respecto.

En la interpretación que hacemos los suscritos, si la conducta que había sido reprimida en la legislación de excepción estaba descrita en la legislación anterior que recobraba vigencia, aunque con otra denominación, no era posible sostener que debía quedar impune alegando el principio de favorabilidad, pues esta interpretación resulta absurda de cara a los objetivos que se persiguen al reconocer al Ejecutivo facultades expedir este tipo de decretos. Tal conclusión tendría como efecto el favorecimiento de la reaparición de las circunstancias que contribuyeron a la configuración de la grave alteración del orden público, que justamente la legislación de excepción pretendió conjurar.

No obstante, si en el decreto expedido al amparo de la conmoción interior se tipificaba un nuevo delito inexistente hasta entonces en la legislación ordinaria, y la conducta en él descrita no podía en modo alguno ser subsumida en ningún tipo penal de dicha legislación ordinaria, al recobrar vigencia esta última era menester terminar el enjuiciamiento de la referida conducta, en aplicación del mencionado principio de favorabilidad. También, si se diera el caso de que la persona ya hubiera sido condenada por la comisión de un delito inexistente antes de la conmoción interior, sería necesario decretar su libertad, pues el principio de favorabilidad no sólo ampara a los procesados cuyo juzgamiento está pendiente, sino también a los reos condenados que estén cumpliendo la condena.

Los suscritos estiman que en cuanto a la duración de las penas, la norma excluía expresamente la posición en ocasiones adoptada por la jurisprudencia según la cual las que hubieran sido fijadas o aumentadas por el Ejecutivo no podrían tener una duración mayor a la del estado de conmoción. En contra de esta interpretación, ella expresamente indicaba que levantado el estado de excepción sí habría penas, y sobre su duración señala que las mismas no podrían “ser superiores a la máxima ordinaria”.

En este punto los suscritos magistrados disidentes nuevamente hacen ver cómo en la Sentencia de la cual se apartan se tergiversó el verdadero sentido y alcance de este último inciso del artículo 44 de la Ley estatutaria sobre estados de excepción. En efecto, como se acaba de decir, tal inciso tenía por objeto regular los efectos del tránsito de legislación una vez terminada la conmoción interior, para lo cual, en aplicación del principio de favorabilidad penal, prescribía que la pena imponible en cada caso, al operar tal tránsito legislativo en ningún evento podrá superar la máxima ordinaria, es decir, la máxima de la legislación ordinaria. El inciso, por tanto, no había sido redactado para señalar el límite máximo al que podría llegar el aumento de las penas determinado por el Ejecutivo, ni tampoco se refería al máximo de cada tipo. Su finalidad, se reitera, era regular el tránsito legislativo y la expresión “máxima ordinaria” hacía relación la máxima pena imponible, según el régimen penal ordinario que recobraba vigencia.

En resumidas cuentas, los suscritos ponen de presente que el asunto de los efectos del decreto que levante el estado de sitio frente a los decretos legislativos que hubieran consagrado delitos nuevos, aumentado las penas o modificado el procedimiento penal debía regirse por lo prescrito en los artículos 40, 44, 45 y de la Ley 153 de 188759.

8. Ahora bien, un último asunto debe tratarse en relación con el tema de las facultades del Ejecutivo para tipificar conductas punibles y aumentar<sup>60</sup> las penas durante el Estado de conmoción interior y es el relativo a las consecuencias que aquellas podrían producir en la integridad de los principios de finalidad y proporcionalidad, por aplicación de los de temporalidad y favorabilidad. Estas consecuencias consisten básicamente en que las medidas punitivas más gravosas adoptadas durante el estado de conmoción dejan de aplicarse tan pronto éste es levantado. Para la mayoría, tal circunstancia trae como consecuencia la ineficacia de las medidas así adoptadas mediante decretos legislativos, ineficacia de la cual se deriva su inconstitucionalidad, bien por falta de finalidad o por falta de proporcionalidad.

La anterior posición de la Corporación merece el examen de lo que se entiende por eficacia jurídica de una norma, a fin de establecer si la falta de la misma implica su inconstitucionalidad. Con respecto a esta noción, la misma Corte ha precisado que la eficacia jurídica o aplicabilidad de una norma equivale a la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo.<sup>61</sup> Ha de entenderse que tales efectos jurídicos consisten en la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas mientras permanece vigente la norma. Distinto al concepto de eficacia jurídica de las disposiciones es el de eficacia social de las mismas, que alude a su aptitud para cumplir con sus objetivos políticos.

La vigencia de las disposiciones, conviene reiterarlo, tampoco es un concepto que coincida

con el de eficacia. En efecto, ha dicho también la Corte, se llama “validez formal o vigencia al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento”<sup>62</sup>, independientemente de su aptitud para producir efectos jurídicos, es decir de su eficacia jurídica. Puede darse el caso de normas que han perdido vigencia, no obstante lo cual continúan produciendo efectos jurídicos. No obstante, la regla general es que la posibilidad de producción de efectos jurídicos de una norma se circunscribe al término de su vigencia, salvo en los casos excepcionales en que la Constitución permite la aplicación retroactiva o ultraactiva de las leyes.

En principio, ni la eficacia jurídica ni la eficacia social constituyen el objeto del juicio de constitucionalidad, toda vez que éste recae sobre la validez sustantiva de las normas, es decir sobre su conformidad con la Ley fundamental, sobre el respeto de los principios y valores y aun de las reglas contenidas en ella. Las normas inconstitucionales están llamadas a perder su eficacia al ser retiradas del ordenamiento por la Corte, pero no a la inversa: la ineficacia no conduce de suyo a la inconstitucionalidad. Sobre este objetivo específico del juicio de constitucionalidad, relativo a la validez sustantiva de las normas y no a su eficacia, la Corte ha dicho lo siguiente, que conviene recordar:

“La total ineficacia del precepto legal no hace que éste devenga inconstitucional, puesto que una cosa es la validez de las normas jurídicas y otra muy distinta su eficacia. Si bien el efecto preventivo de la pena agravada en razón de la cuantía se pierde totalmente cuando el aumento punitivo se aplica indiscriminadamente a prácticamente todos los delitos contra el patrimonio económico con prescindencia del daño material que reportan, la ineficacia de la prevención, no torna inconstitucional la disposición acusada. En el ordenamiento jurídico pueden subsistir normas ineficaces que, por esta sola circunstancia fáctica, no deben ser declaradas inexecutable.”<sup>63</sup>

En el mismo sentido, en la Sentencia C- 1646 de 2000<sup>64</sup>, la Corte dijo:

Ahora bien, la relación entre los conceptos de eficacia, vigencia y validez de las leyes, ha sido explicada así por la Corte:

“ Como es obvio, la validez, la vigencia y la eficacia, así definidas, son fenómenos interrelacionados, pues en general para que una disposición produzca efectos, es decir sea aplicable y jurídicamente eficaz, es necesario que haya sido incorporada al sistema, es decir que se encuentre vigente, y que además, no contradiga las normas superiores, es decir que sea válida. Este hecho explica que en el lenguaje jurídico a veces se utilizan indistintamente esas categorías sin que se produzcan confusiones. Sin embargo, las distinciones son útiles por cuanto una norma puede estar vigente pero no ser válida, para lo cual basta pensar en una ley inconstitucional pero que aún no ha sido retirada del ordenamiento por la decisión del respectivo órgano de control. Una norma puede haber sido derogada, con lo cual parece no estar vigente, pero puede seguir produciendo efectos jurídicos, es decir ser eficaz. O, finalmente, la norma puede ser válida y encontrarse vigente, pero no ser eficaz, por ejemplo por tratarse de una ley que fue formalmente adoptada, que no viola ningún mandato superior, pero que establece que debe transcurrir un determinado plazo antes de que pueda ser aplicada por los operadores jurídicos.”<sup>66</sup>

De manera general todas las normas legales pierden eficacia al perder vigencia, sin que esta

circunstancia conlleve su inconstitucionalidad mientras permanecen en el ordenamiento. No obstante, al parecer de la mayoría, en el caso de las medidas punitivas adoptadas por el Ejecutivo durante el estado de conmoción interior, sobre todo cuando tales medidas consisten en el aumento de las penas, los principios de finalidad y proporcionalidad exigirían que los efectos de la norma se orientaran al restablecimiento del orden y fueran adecuados para conseguir este propósito. Es decir, según esta tesis, si por temporal la medida no resulta apta para restablecer el orden, incumple el principio de finalidad o bien el de proporcionalidad y en tal virtud resulta inexecutable.

Así, la temporalidad que es una exigencia constitucional de las medidas de excepción, en el caso de las normas penales, especialmente de las que significan incrementos de punibilidad, por aplicación del principio de favorabilidad resultaría contraria a los principios de finalidad y proporcionalidad exigidos por el mismo constituyente.

A juicio de los suscritos, la posición de la mayoría toma pie en la confusión entre la duración de las normas de excepción y la duración de sus efectos. En efecto, no resulta lógicamente posible que el constituyente exija simultáneamente el cumplimiento de principios que puedan resultar sustancialmente antagónicos. En realidad, lo que sucede es que la eficacia jurídica de las norma no puede ser entendida como su aptitud para lograr efectivamente el restablecimiento del orden durante el término de la conmoción -pues tal concepto coincide con el de eficacia social mas no jurídica-, sino en que “durante su vigencia temporal” sea susceptible de producir efectos jurídicos (tales como la apertura de investigaciones, la detención preventiva, el llamamiento a juicio, y la eventual condena de delincuentes); y la conexidad y finalidad de la norma, no pueden ser entendidas sino como el direccionamiento de tales efectos jurídicos al restablecimiento de la normalidad o a impedir la extensión de los efectos de la alteración del orden. Sin embargo, por su naturaleza temporal, el examen de la conexidad o finalidad de las medidas de excepción no puede llevarse a cabo sino respecto de los efectos jurídicos que produce la norma durante su vigencia, es decir de la efectividad jurídica de la misma durante este lapso.

Idéntica consideración cabría hacer respecto del principio de proporcionalidad que gobierna la actividad normativa del ejecutivo durante la conmoción interior. La proporcionalidad de la medida, esto es su razonabilidad o aptitud para lograr el fin del restablecimiento del orden, no puede ser estudiada sino durante el tiempo de su permanencia en el mundo jurídico, sin que la condición temporal de su vigencia pueda excluir tal proporcionalidad, pues dicha consideración implicaría, como se dijo, la absurda conclusión de que el constituyente y el legislador estatutario han exigido el cumplimiento simultáneo de dos requisitos antagónicos. (Temporalidad y proporcionalidad. )

Dicho de otro modo, la eficacia de la medida de excepción es un juicio que corresponde realizar dentro del contexto de su temporalidad. Es la aptitud de producir efectos jurídicos en el lapso de la conmoción interior lo que debe ser valorado por la Corte, no los efectos que produzca o deje de producir terminado el mismo, como tampoco sus efectos sociales.

Ahora bien, frente al hecho de que el legislador extraordinario hubiera aumentado el monto de las penas hasta topes que excedían el límite máximo de duración del estado de conmoción interior, cabe reiterar que como el análisis de la eficacia de la medida debía

hacerse desde la perspectiva de su temporalidad, era a los efectos producidos durante la vigencia de la norma a los que debía dirigir su atención el juez constitucional. Pues si para juzgar su adecuación con el ordenamiento superior el juez toma en consideración los efectos que la norma va a dejar de producir luego de perder vigencia, introduce un elemento ajeno a la metodología de análisis de la medida de conmoción interior.

En el caso particular de las medidas adoptadas mediante el Decreto 1900 de 2002, es claro que las mismas produjeron efectos jurídicos en el lapso correspondiente a su vigencia, y que, además, se encontraban en relación de conexidad o finalidad con el Decreto de declaratoria del estado excepcional, como expresamente lo reconoció la mayoría.

De otro lado, en el juicio de constitucionalidad al juez no le está permitido realizar el análisis de la efectividad social de las medidas, pues ello hace parte del juicio político a que está sometido el Ejecutivo. En cambio, el juicio jurídico obliga a analizar la validez, la eficacia jurídica, la conexidad o finalidad y la proporcionalidad de tales medidas, ya que sólo a partir de dicho análisis es posible derivar la concordancia de la misma con la Carta Fundamental. Sin embargo, este análisis parte siempre de la temporalidad de la decisión gubernamental, es decir sólo puede llevarse a cabo dentro del límite de la vigencia temporal de la norma. En últimas, la efectividad de medida es un problema de aplicación de la norma por parte del operador jurídico, que escapa al juicio de constitucionalidad.

II. Lo que demostraba el material probatorio allegado por el Gobierno al expediente

9. Un amplísimo material probatorio había sido allegado por el Gobierno al expediente. Este material, consistente en pruebas documentales, daba cuenta de la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho a los que aludía la parte de consideraciones del Decreto 1900 de 2002 y de la conexidad de los mismos con la situación que dio origen a la declaratoria de conmoción interior. Dicho material era el siguiente:

a. Oficio No. 1124 de 29 de agosto de 2002, suscrito por el Director de Hidrocarburos de la empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL- mediante el cual remitía los documentos "Impacto del Sector Petrolero en la Economía Nacional" y "Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-", relacionado con la refinación y petroquímica.

b. Oficio N°. 50.001-1332 de 2 de septiembre de 2002, suscrito por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, relacionado con los ingresos dejados de percibir por el Estado, en razón de los ilícitos de contrabando de combustibles en diferentes modalidades.

c. Informe N°. 002658 del 2 de septiembre de 2002 de la Gerencia Control Pérdida de Combustibles de ECOPETROL, que certificaba las pérdidas como consecuencia del contrabando de hidrocarburos y sus derivados.

4. Certificación del Coordinador de Grupo de Apoyo en la Gestión Judicial y Extrajudicial de la Dirección Jurídica de ECOPETROL, sobre el número de procesos por el delito de hurto de hidrocarburos

d. Informe N°. VIT-TEU-002640-2001-1 del Jefe del Departamento de Planeación y Control Operacional de la Vicepresidencia de Transporte de ECOPETROL, que certificaba las pérdidas

por hurto de hidrocarburos en período comprendido entre junio de 2001 y junio de 2002.

e. Relación de procesos que se adelantan por el delito de hurto de hidrocarburos y conductas punibles relacionadas con estos.

f. Oficio del 2 de septiembre de 2002, suscrito por la Directora General de Presupuesto Público Nacional, mediante el cual informa sobre el peso del recaudo por impuesto global sobre el Producto Interno Bruto, y valida las cifras presentadas por la DIAN y ECOPETROL por hurto y contrabando de combustibles.

g. Oficio N°. 006187 del 2 de septiembre de 2002 suscrito por el Fiscal General de la Nación, remitido del documento estadístico de la Fiscalía General de la Nación sobre ilícitos contra la infraestructura de hidrocarburos y delitos conexos, del informe sobre las actividades desarrolladas por la Estructura de Apoyo de Arauca de 2001-2002 y del informe sobre las actividades de Policía Judicial realizadas por el CTI de 2002.

h. Informe N°. 343 de 2 de septiembre de 2002 del Director de ECOPETROL, sobre los daños ambientales ocasionados por la delincuencia común y por organizaciones criminales responsables de los delitos de terrorismo y hurto de hidrocarburos y sus derivados.

Adicionalmente a lo anterior, el Secretario General de la Presidencia de la República había enviado a esta Corporación el siguiente material que recoge información confidencial vinculada con procesos penales en curso y con informes de inteligencia de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y que, por tales circunstancias, era de carácter reservado:

i. Treinta y dos (32) informes de inteligencia de la Dirección Central de la Policía Judicial que demostraban los operativos dirigidos a la interceptación de grupos armados al margen de la ley, así como la captura de distintas personas involucradas en los delitos de hurto de hidrocarburos.

j. Informe del Jefe de Análisis y Recolección de la Subdirección de Inteligencia y Policía Judicial -Policía Fiscal y Aduanera-, que detallaba las áreas de territorio Nacional en donde tienen influencia los grupos subversivos relacionados con los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, que demostraba la vinculación de dichas organizaciones con las conductas punibles mencionadas.

k. Oficio No. 678 de 2002, suscrito por el Director Seccional de Sucre del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, contenido del informe con carácter reservado sobre el delito hurto de gasolina.

l. Demanda de constitución de parte civil de ECOPETROL dentro de un proceso penal por el delito de hurto de combustibles (Sumario 54739).

m. Oficio No. 3747 del 2 de septiembre de 2002, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, mediante el cual remitía el informe con carácter reservado, rendido por el Coordinador del Grupo de Seguridad Rural de esa Entidad, sobre el hurto y contrabando de combustible.

10. Todos los anteriores documentos que reposaban en el expediente y que daban cuenta de la real ocurrencia de los hechos que el Gobierno Nacional había aducido como justificantes de la necesidad de expedir las normas contenidas en el Decreto 1900 de 2002 habían sido preparados por diferentes autoridades de las Ramas Ejecutiva o Judicial del poder público, versados por sus funciones en los temas correspondientes. Ninguna de esas pruebas fue controvertida por otra autoridad o ciudadano interviniente dentro del proceso, no obstante que dichas pruebas fueron puestas a disposición popular durante el término reglamentario de fijación en lista. Tampoco la vista fiscal se ocupó de rebatir lo que esos documentos ponían de presente. En tal virtud, esas pruebas debían presumirse veraces y aptas para dar por ciertos los considerandos en que se fundaba la parte normativa del referido Decreto legislativo, puesto que de ellas podía concluirse lo siguiente:

\* Pruebas relativas a la vinculación existente entre los grupos alzados en armas, especialmente los llamados “paramilitares”, y la criminalidad relacionada con los delitos sobre hidrocarburos

Respecto de la vinculación existente entre los grupos alzados en armas, especialmente los llamados “paramilitares”, y la criminalidad relacionada con los delitos sobre hidrocarburos se había allegado al expediente el informe de la Subdirección de Inteligencia y Policía Judicial de la Policía Fiscal que contiene la explicación de esta conexidad.<sup>67</sup>

En dicho informe se leía lo siguiente:

“El contrabando de combustibles en Colombia se ha incrementado notablemente en los últimos años, generando millonarias pérdidas al Fisco Nacional, departamental y municipal a causa de la evasión en el pago de la sobretasa que se deja de percibir por este grave problema. Esta situación irregular comienza en el departamento de la Guajira, la cual ha afectado considerablemente el comercio legal de combustibles en la Península y en los Departamentos del Cesar, Magdalena y Atlántico, debido a que la mayor cantidad de combustible de Contrabando que ingresa por la Guajira es llevado directamente a las zonas limítrofes con los departamentos antes relacionados e internado en pequeñas cantidades a ciudades como: Valledupar, la paz, San Diego, Santa Marta, Palomino, Ciénaga, Fundación y Barranquilla.

“Situación es altamente influenciada por la constante acción y presencia de grupos Subversivos y de autodefensa en las vías de acceso a estas ciudades favorece notablemente el transporte de combustible proveniente de Venezuela pues dificulta el desplazamiento continuo de la Fuerza Pública y Funcionarios de la DIAN para efectuar operativos de control.

“Gran parte del comercio al por menor de ese combustible está concentrado en domicilios personales (residencias), quienes amparados en las limitantes que tiene la Fuerza Pública como es la Influencia de los grupos Armados para ingresar a esos lugares, burlan los controles de las autoridades para desarrollar dicha actividad ilícita.

“Así también existe el inconveniente en la realización de los controles por parte de las autoridades porque la presencia de estos Grupos Armados se da en Zonas en donde están los caminos o Carreteras generalmente destapadas (Trochas), las cuales son utilizadas para

transportar el combustible, generalmente en horas de la noche como sucede en los Departamentos de La Guajira y el César donde opera el Frente JOSE MANUEL MARTINEZ QUIROZ del ELN.

“Hay que tener en Cuenta que la Mayor parte de la influencia Guerrillera en la zona Nororiental del País se asienta en el Departamento del Cesar y de allí se extiende y/o se encuentra con la presencia Subversiva en el Magdalena y en La Guajira en Zonas Geográficas Comunes como la serranía del Perijá.

“El Departamento del Cesar se encuentra afectado por parte de las cuadrillas 41 Cacique Upar, 59 Resistencia Wayuu, 19 José Prudencio Padilla, las cuales hacen parte del Bloque Caribe de las F.A.R.C.; los frentes José Manuel Martínez Quiroz, Luciano Ariza, Seis de Diciembre, Gustavo Palmesano Ojeda del ELN, integrantes del frente de guerra Norte y el frente Camilo Torres Restrepo del ELN. perteneciente al frente de Guerra Nor-oriental.

“Así mismo los grupos móviles de combate, compañías Oscar Sánchez Caicedo, Capitán Francisco Comando Brocio, Héroes de las Bananeras y Guerreros de Chimila del E.L.N, por parte de las FARC la columna Marcos Sánchez Castellón.

“Se han propuesto tener el control del Departamento en las áreas de crecimiento, producción y desarrollo, especialmente en los sectores mineros y agropecuarios.”<sup>68</sup>

El informe que se acaba de transcribir parcialmente hacía énfasis en la relación de los grupos paramilitares con la comisión de los delitos de hurto y contrabando de combustibles. Al respecto afirmaba:

#### “GRUPOS DE AUTODEFENSAS O PARAMILITARES

“Los Departamentos de la Guajira, César y Magdalena así como el Departamento de Santander tienen gran influencia de grupos al margen de la ley, como las Autodefensas, quienes son los mayores patrocinadores del Hurto y Contrabando de los Hidrocarburos, ejerciendo mayor dominio que la Subversión.

“Reseña histórica:

Este grupo aparece en el en esta zona del País, auto denominándose Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), con sus actividades en diferentes parte del norte y centro del Departamento, proliferándose apreciablemente poco mas tarde.

“Áreas de influencias:

Sus incursiones han tomado poderío concentrándose por todo el Nor-oriental del País donde generalmente no existe presencia de la Fuerza Pública, como Municipios, veredas y caseríos.

“Financiación:

“Estos grupos son financiados y auspiciados por ganaderos de la región que de una u otra forma han sido golpeados por la subversión. Los ganaderos dan una cuota por hectárea de

tierra que posean, así mismo los comerciantes en gran escala dan una cuota en común acuerdo con las personas de esta agrupación, con el fin de que se les brinde la seguridad que requieren. Además del hurto de combustible del oleoducto de ECOPETROL que pasa por su zona de injerencia y en este caso el contrabando.

#### “PROBLEMÁTICA DEL COMBUSTIBLE.

“Conocidos los antecedentes anteriores se establecen la siguiente síntesis en lo que respecta la situación de la comercialización y transporte de combustible de contrabando, que tiene su origen en el Departamento de la Guajira y Norte de Santander, principalmente.

1. Los Paramilitares que tienen influencia en la Zona del Magdalena Medio así como en el César, son los Pioneros en El Hurto y Contrabando de Combustibles; con dicha actividad financian sus actividades delictivas, para la adquisición de armamento y explosivos.

1. Los contrabandistas de Combustibles provenientes de Venezuela, son autorizados por los Paramilitares; esta situación genera un monopolio en el comercio ilegal de combustibles en estas Regiones, por parte de las Autodefensas.

1. Aproximadamente en el 60 % del hurto de combustibles están involucradas las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC); tienen mayor importancia que la Subversión en esta actividad delictiva, por cuanto son aliadas directas de los carteles de Gasolina.

1. Aproximadamente desde hace cuatro meses, los grupos de Paramilitares antes mencionados que delinquen en la zona Nororiental de País, emprenden el monopolio del movimiento del contrabando en general de esta región.

1. Estos grupos han realizado una serie de reuniones con los transportadores del combustible de contrabando, con el fin de establecer ciertas cláusulas en forma ilegal, persiguiendo el fin de obtener de esta actividad un a fuente lucrativa para la satisfacción de las necesidades de su sustento.

1. En el departamento de la Guajira, tienen el monopolio desde el lugar de ingreso fronterizo (Paraguachon), como también el desplazamiento en todo el Departamento, cuyas rutas conducen a los demás que con éste limitan.

1. Para garantizarles esta actividad, los transportadores deben aportar con una cuota de 200.000 por camión, de lo contrario no podrían dedicarse a esta actividad delictiva.

1. Así mismo en el Departamento del Magdalena, donde la modalidad es el uso de las trochas aledañas a la Troncal del Caribe, (entre esas la vía antigua), o en su defecto el uso de lanchas para arribar el producto por vía marítima a los lugares clandestinos de comercialización, y de estos a las estaciones de servicio de la zona rural y demás.

1. Los controles que llevan a cabo las autoridades aduaneras en esta localidad, por la situación de orden público lo hacen a unos Kilómetros fuera del perímetro urbano, donde no es posible el cubrimiento de las innumerables trochas utilizadas para el transporte del producto.

1. Es así como los grupos que operan en esta región al igual reunieron al las personas que se dedican a delinquir de esta manera, a quienes le establecieron que deberían pagar una cuota para garantizarles el desplazamiento por este sector del que tienen control.

1. Al tratar de establecer la cuota, en esta localidad fueron reunidos directamente los dueños de las Estaciones de servicio a quienes se les exigía una cuota de \$ 50.000.000 millones mensuales, y de esta manera no interrumpir el transporte del contrabando hasta el lugar de expendio.

1. Frente a esta propuesta, lo propietarios de las estaciones de servicio no quisieron aceptarla; motivo por lo cual de cierta manera esta actividad se encuentra trunca.”<sup>69</sup>

Sobre el modo como operan las bandas dedicadas a perpetrar los delitos a que se refiere el Decreto 1900 de 2002, el documento titulado “Del hurto de Hidrocarburo y sus derivados”<sup>70</sup>, preparado por ECOPETROL y allegado al proceso por la Secretaría General de la Presidencia de la República, describía esta situación de hecho:

“EL PATRÓN: Es el jefe de la banda.

“LOS VIGÍAS, CENTINELAS Y MOSCAS: Apoyan a quienes realizan las labores propias del apoderamiento de los hidrocarburos y sus derivados, mediante el empleo de modernos sistemas de comunicación y de vehículos; estos delincuentes tienen la misión de garantizar el éxito del delito, para lo cual recorren las vías aledañas a las tuberías, autorizan el desplazamiento hacia el objetivo y la posterior huída para buscar la impunidad de los responsables.

“LOS PERFORADORES: Tienen las siguientes responsabilidades: Perforar las líneas mediante el empleo de sistemas manuales; colocar tapones de madera o hierro para sellar el orificio del tubo; y adulterar, acondicionar e instalar válvulas subterráneas o superficiales para facilitar el apoderamiento de combustibles.

“LOS TANQUEADORES: Encargados de envasar y llenar los camiones y carrotanques, con los productos combustibles hurtados, mediante el empleo de algunas modalidades, así: a).- Directamente en los puntos de perforación del tubo. b) Luego de transportar el producto en canecas de gran capacidad o con la ayuda de animales de carga. c) Después de conducir el combustible por tuberías de P. V. C. o minioleoductos. d) Luego de almacenar el combustible en piscinas, canecas, tanques subterráneos, situados en parqueaderos, bodegas y solares, utilizando instalaciones ilícitas o mangueras de aproximadamente 2.000 metros, las cuales han sido conectadas previamente a la tubería transportadora del combustible.

“LOS TRANSPORTADORES: Encargados del desplazamiento del producto hurtado: a) Por vía terrestre, en forma rudimentaria con ayuda de recipientes y de animales de carga o mediante el empleo de camiones y carrotanques con capacidad entre 2.100 y 12.000 galones. Los tripulantes de estos vehículos transportan el combustible hasta los sitios de almacenamiento o distribución, apoyándose en documentación falsa. b).- Por vía fluvial a través de embarcaciones y planchones adaptados para este tipo de transporte.

LOS ALMACENADORES O DISTRIBUIDORES: Son los responsables de guardar y conservar en piscinas, canecas, tanques subterráneos, situados en parqueaderos, bodegas y solares, los productos combustibles hurtados en áreas rurales y suburbanas, para su posterior comercialización y entrega en el sitio de destino.”

Sobre el mismo tema de la participación de los grupos subversivos y paramilitares en la comisión de delitos relativos a hidrocarburos obraba en el expediente el documento preparado por la Sub-dirección de Investigaciones Especiales del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en donde se decía:

“ De manera atenta me permito enviar a su Despacho, la apreciación sobre la situación de hurto y contrabando de combustibles por grupos al margen de la ley, tanto de extrema izquierda (FARC-ELN) como de extrema derecha (AUC) y CARTELES DE LA GASOLINA, que utilizan este hecho punible para autofinanciar su accionar delictivo y como estrategia para atacar la economía del estado, así como para la compra de material bélico, logístico y otros. También se disputan el dominio territorial en las áreas geográficas por donde cruzan los oleoductos que transportan combustible (gas, gasolina, ACPM, Petróleo crudo y demás derivados del petróleo); señalando a las siguientes regiones como las de mayor afectación, así:

1°. Poliducto del Norte que transporta combustibles desde el sitio denominado pozos colorados, ubicado cerca de Santa Marta -Magdalena que cruza los Departamentos del Cesar y Santander hasta llegar a Barrancabermeja.

2°. Poliducto Sur Oriental que conduce combustible desde Paicol- Huila y cruza los

Departamentos del Tolima, Huila y Caldas hasta llegar al municipio de Barrancabermeja-Santander.

3°. Poliducto Central que transporta combustibles desde los campos de Cañogarza, Cusiana y Capiagua- Casanare y Apiay -Departamento del Meta, que atraviesa Cundinamarca hasta llegar a Barrancabermeja-Santander.

4°. Oleoducto Trasandino: Transporta petróleo desde Orito-Putumayo hasta el Puerto marítimo de Tumaco -Departamento de Nariño.

5°. Oleoducto Caño-Limón Coveñas que transporta el mayor volumen de petróleo entre Caño-Limón -Arauca y atraviesa los Departamentos de Arauca, Santander, Boyacá, Magdalena y Sucre.

6°. Poliducto que transporta combustibles desde Barrancabermeja hasta la ciudad de Bogotá, con grandes depósitos en Facatativa y Puente Aranda.

#### MODALIDADES DELICTIVAS.

1. Hurto de Gasolina a través de perforación del tubo y colocación de válvulas clandestinas en grandes cantidades, que operan con importantes infraestructuras como: Transporte, comunicaciones, gasolineras, centros de acopio y comercialización de combustibles.

2. Hurto de petróleo crudo, modalidad utilizada en los últimos tiempos, apoyados algunas veces por grupos subversivos que son transportados a refinerías clandestinas que operan en forma artesanal. Utilizan para transportar combustibles como tanques escoltados por grupos armados provistos de radios de comunicación, celulares, vigilantes ubicados en sitios estratégicos y depósitos clandestinos; en la mayoría de los casos la gasolina la mezclan con otras sustancias o combustible debidamente marcado.

3. Emplean el hurto de combustibles en pequeñas cantidades, canecas, garrafones y otros recipientes de menor capacidad.

4. Actos terroristas: A través de la voladura de oleoductos que transportan crudo por el no pago de la vacuna petrolera, cuyo derrame del hidrocarburo afecta gravemente el ecosistema, con enorme degradación de las áreas productivas de la cadena alimenticia, contaminación ambiental con afectación directa sobre las cuencas hidrográficas en detrimento de la economía nacional.

5. Cerca de las capitales de los Departamentos del Atlántico y Córdoba, en una reunión con funcionarios de FEDIPETROLEOS se conoció que varias bombas de gasolina que se encuentran ubicadas en las afueras de estas ciudades, no cumplen con las normas establecidas por la Ley, y en la mayoría de los casos son surtidas por miembros de la delincuencia común, que hurtan la gasolina y la traen desde el sur de Bolívar mediante compra clandestina y a bajos precios.

#### CONTRABANDO

Esta actividad delictiva se presenta en tres modalidades: una en pequeñas cantidades

ilícitamente como una cultura de subsistencia, y otra a gran escala por grandes organizaciones que actúan en ambos lados de las fronteras, especialmente en Maicao -Guajira, Cúcuta -Norte de Santander, Arauca, Puerto Carreño, Ipiales y Tumaco -Departamento de Nariño, Guámez -Putumayo, y en general en todos los puertos fronterizos, donde existen vías de comunicación de los denominados "Trochas Verdes"; finalmente la tercera modalidad en cuanto a combustible es enviado a los laboratorios clandestinos para el procesamiento de drogas narcóticas en contubernio entre los carteles de la droga y la insurgencia armada." 71

\* Pruebas relativas a la ineficacia de los recursos concedidos a las autoridades por la legislación ordinaria para perseguir los delitos relacionados con hidrocarburos:

Sobre los resultados de la labor de los organismos de investigación y juzgamiento en la persecución de la criminalidad relacionada con los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y de daños contra la infraestructura energética de los mismos (examinados en términos de condenas efectivamente producidas en relación con los episodios registrados), el cuadro elaborado por la Fiscalía General de Nación y allegado al expediente demostraba que tales resultados no podían considerarse satisfactorios dado el alto número de episodios delictuales que no culminan con la condena de los responsables. 72

Sobre este mismo punto, en el expediente se encontraba el documento "Del hurto de Hidrocarburo y sus derivados", preparado por ECOPETROL y allegado al proceso por la Secretaría General de la Presidencia de la República 73 en el que se consignaban los siguientes datos relativos a la evolución de los procesos que se habían seguido antes de la expedición del Decreto por delitos relacionados con el apoderamiento ilícito de combustibles:

"Los procesos penales que se adelantan en la actualidad se iniciaron por hechos ocurridos durante el lapso comprendido entre los años 2000 y 2001; en estas investigaciones se profirieron varias sentencias condenatorias y se recuperó, por concepto de perjuicios, la irrisoria suma de \$21.227.340, la cual, ni siquiera compensa los honorarios pagados a los abogados durante el mencionado lapso; lo expuesto es el resultado, en gran medida, del tratamiento excesivamente leve con el que la legislación actual penaliza las mencionadas conductas, propiciando así un ambiente en el que el delincuente encuentra, en vez de un mecanismo de disuasión, un estímulo para continuar delinquiriendo."

En relación con ineficacia de la acción del Estado para perseguir a quienes cometen el delito de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, estaba en el plenario el documento que contiene las siguientes aseveraciones hechas por el Director Jurídico de ECOPETROL:

"El Estado colombiano ha dejado de percibir alrededor 169 millones de dólares entre el año 2001 y el primer semestre del año 2002, con ocasión del contrabando de hidrocarburos y sus derivados.

"Además, cabe destacar que las medidas consagradas en la legislación ordinaria, anterior al decreto de conmoción interior sub-examine no permitieron la judicialización ni siquiera del 1% de los delincuentes detenidos como quiera que las cuantías exigidas en el tipo penal respectivo, impedían la concreción de responsabilidad, por tratarse de un ilícito que

generalmente se comete en forma fraccionada.

“Los informes de Inteligencia Policial disponibles ( ver anexo 4) permiten concluir que la comercialización directa de la gasolina de contrabando como combustible automotor en los departamentos de la Guajira, Arauca, Norte de Santander, Santander, Magdalena, Cesar, entre otros, está siendo controlada y constituye la base de la estructura financiera de dos grupos de las FARC, un frente del ELN, y diversos grupos de autodefensas y paramilitar asentados en la zona.”

\* Pruebas sobre pérdidas económicas causadas al Estado por los delitos relativos a hidrocarburos:

Sobre los ingresos fiscales dejados de percibir por concepto de impuesto al valor agregado (IVA), el impuesto global a los combustibles y la sobre-tasa a los combustibles<sup>74</sup>, los documentos remitidos, especialmente el cuadro sobre Cuantificación de Pérdidas por Hurto de Combustible producido por la vicepresidencia de Transporte de ECOPETROL, daban cuenta de la real afectación de los ingresos tributarios con ocasión de las actividades de hurto y contrabando de hidrocarburos y derivados.

En cuanto a las pérdidas que se han originado al Estado colombiano durante los años 2001 y 2002 por el hurto de hidrocarburos, el informe VIT-TEU-002640-2001-1 del Jefe del Departamento de Planeación y Control Operacional de la Vicepresidencia de Transporte de ECOPETROL, allegado al proceso, contenía una certificación relativa a la cuantía de tales pérdidas, por valores prácticamente iguales a los señalados en los considerandos del Decreto.<sup>75</sup> En cuanto al valor de los sobrecostos por daños a la infraestructura de ductos, este era señalado en la certificación expedida por la Gerencia Técnica de la Vicepresidencia de Transporte de ECOPETROL que también obraba en el plenario.

En relación con las consecuencias económicas del delito de contrabando de hidrocarburos<sup>76</sup>, el cuadro analítico allegado al expediente, contenido en la resolución de estructura de precios de MME publicado por UPME, preparado por la Gerencia de Control de Pérdida de Combustible de ECOPETROL coincidía plenamente con las cuantías de pérdida total que por este concepto había aducido el Gobierno Nacional como factor justificativo de la expedición del Decreto.

Al examinar las pruebas documentales que daban cuenta de las pérdidas causadas durante los años 2001 y 2002 al Estado colombiano con ocasión de los delitos a que se refiere el Decreto bajo examen, y los datos sobre los procesos iniciados en cada uno de esos años era posible corroborar que la criminalidad que los origina había aumentado en una proporción aproximada del 30%. <sup>77</sup>

Sobre la imposibilidad de calcular la magnitud de los daños ambientales y sobre la calidad de los mismos, se había aportado al proceso el “Soporte Técnico Ambiental” preparado por ECOPETROL, ilustrativo de esa situación.<sup>78</sup>

En cuanto al impacto que sobre la economía nacional tiene de manera general el sector

económico de los hidrocarburos existía dentro del plenario el documento titulado “Impacto del sector petrolero en la economía nacional”<sup>79</sup>, que ponía de manifiesto la creciente importancia de este sector dentro del contexto macro-económico, hasta el punto de que hoy en día genera el 35 % del total de las exportaciones del país y contribuye aproximadamente con un 2.7 al PIB generando para el Estado una de las fuentes de ingreso más importantes.

11. De todo lo anterior era menester concluir que de manera general existe una relación entre la comisión de las conductas punibles a que se refería el Decreto 1900 de 2002 y la actividad de las organizaciones delincuenciales al margen de la ley. El Gobierno había mostrado cómo estos grupos obtienen de ellas una fuente muy importante de recursos financieros, correlativa a los costos que para el Estado tienen estas conductas delictivas. A este respecto, como antes se dijo, se había puesto en evidencia la existencia de un verdadero “cartel de la gasolina”, la utilización de este combustible ilícitamente obtenido como precursor químico de las sustancias objeto del delito de narcotráfico, la permanencia de una organización que implica desde la constante custodia de los oleoductos y poliductos para permitir el hurto de hidrocarburos, la vigilancia de los caminos y trochas por los que se introduce la gasolina de contrabando desde las fronteras, la red de comunicaciones de que disponen los grupos delincuenciales para alertar a quienes inmediatamente ejecutan las conductas, las redes de transporte y distribución de los hidrocarburos ilícitamente obtenidos, el boleteo a la ciudadanía para obtener mediante extorsión su cooperación bien el hurto, la ilícita importación, el almacenamiento o la distribución de tales sustancias, etc. Circunstancias todas estas que a juicio de los suscritos demostraban la existencia de una verdadera organización delincencial mediante la cual se financian en gran medida los grupos al margen de la ley responsables de la alteración del orden público. Había mostrado también el Gobierno que las acciones de los organismos de seguridad y los de la Rama Judicial para combatir estas conductas delictuales mediante los recursos de sus facultades ordinarias no han resultado, hasta ahora, adecuadas para lograr penalizar a los delincuentes que las cometen.

III. Conexidad de la motivación del Decreto 1900 de 2002 y de las medidas punitivas que en él se consagran, con las causas que llevaron a la declaratoria de conmoción interior mediante el Decreto 1837 de 2002.

12. La Sentencia C-802 de 2002, que estudió la constitucionalidad del Decreto 1837 de 2002, organizó los hechos invocados por el Gobierno como causas de la conmoción interior, identificando que varios de los mismos podían ubicarse dentro de ciertas categorías o grupos.

Uno primero de estos grupos, que el fallo encontró debidamente acreditado con las pruebas que obraban en el expediente, abarca los siguientes hechos generadores de la grave perturbación del orden público:

“a) Ataques contra ciudadanos indefensos, violaciones a sus derechos humanos, violaciones a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y comisión de delitos de lesa humanidad como las masacres, desapariciones, secuestros, desplazamientos forzados y destrucción de pueblos indefensos por parte de “bandas armadas” y “grupos criminales”, organizados y financiados al amparo del lucro gigantesco que les proporciona su participación directa y

creciente en los delitos de narcotráfico, el secuestro y la extorsión, fuentes principales de esta tragedia colectiva. El poder financiero de estos grupos y su conexión con grupos afines de otros países o regiones y su capacidad tecnológica creciente para el terror.”

Dentro de una segunda categoría, la Sentencia incluyó las siguientes causas generadoras de la alteración del orden, que igualmente encontró acreditadas:

“b) Actos de terrorismo que se han presentado durante las últimas semanas en diferentes lugares del país y ataques terroristas contra la población civil y otras autoridades nacionales y contra la infraestructura de servicios esenciales por parte de las bandas armadas y grupos criminales.”

Dentro de estas causas que llevaron al Gobierno Nacional a la declaratoria de conmoción interior estaban señaladas algunas directamente relacionadas con los motivos que el mismo Gobierno expuso posteriormente para la adopción de las medidas contenidas en el Decreto 1900 de 2002. Especialmente, la incluida en el grupo a) relativa al “poder financiero” de los grupos responsables de la alteración del orden público y la incluida en el grupo b) que hace relación a los actos de terrorismo contra la infraestructura de servicios esenciales.

Con fundamento en estas dos causas, el Gobierno elaboró la motivación del Decreto bajo examen, como pasa a verse:

- En el Decreto 1837 se señaló dentro de los presupuestos fácticos determinantes de la alteración del orden que “los grupos criminales han multiplicado su actividad, ... en el terreno de los ataques terroristas a la infraestructura de servicios esenciales -la energía, el agua potable, las carreteras y los caminos...”. Correlativamente, dentro de los considerandos del Decreto 1900 se indicó que era menester “fortalecer a la rama judicial con medidas transitorias con el fin de prever, evitar y reprimir los actos terroristas y criminales de las organizaciones delincuenciales que han multiplicado sus ataques contra la infraestructura de los servicios esenciales de energía, incluida en ésta la de hidrocarburos o sus derivados...” Como puede verse, las consideraciones de uno y otro decreto hacen alusión al hecho de los frecuentes ataques a la infraestructura energética de hidrocarburos por parte de grupos criminales, señalada como causa o presupuesto fáctico de alteración del orden.

-En el Decreto que declaró la conmoción interior se adujo como causa el creciente poder financiero de los grupos responsables de la alteración del orden, que hacía que, adicionalmente a la necesidad que existía de luchar contra el terrorismo, el secuestro, el narcotráfico y la extorsión, fuera necesario “restringir el acceso de las organizaciones delincuenciales a los activos y recursos financieros originados en cualquier actividad ilícita, sea cual fuere el mecanismo a través del cual se estén movilizandolos recursos dentro del sistema económico.” Por su parte, en la motivación del Decreto 1900 de 2002 se expuso que “una alta proporción de los recursos que se obtienen por este gigantesco atentado al tesoro público<sup>80</sup> va a las arcas de los grupos alzados en armas que están sembrando terror en los campos y las ciudades de Colombia. Una acción eficaz contra esa delincuencia comprenderá necesariamente el estrangulamiento de sus fuentes financieras tanto más si ellas coinciden con las que deben nutrir el tesoro público” Y sobre este punto también se dijo “Que la comercialización ilícita de hidrocarburos y sus derivados por parte de esas organizaciones delincuenciales, demandan medidas de carácter penal para contrarrestar sus efectos, de tal

forma que es necesario recuperar para el patrimonio público los bienes utilizados para esas actividades o ilícitamente obtenidos como consecuencia de ellas y las rentas fiscales dejadas de percibir;”.

- En la motivación del Decreto 1837 de 2002 se adujo “una capacidad tecnológica creciente”. Por su parte, en los consideraciones del Decreto 1900, el Gobierno, en relación específica con los delitos relativos a hidrocarburos, adujo el reciente incremento del índice de criminalidad, que redundaba en la creciente fuente de financiación de dichas redes. Específicamente, respecto del hurto y contrabando de hidrocarburos, afirma que “el costo de esa criminalidad incontrolada se ha incrementado en un 30% en el 2002 con respecto al año 2001”<sup>81</sup>

- En el Decreto 1837 de 2002 se adujo “Que resulta indispensable establecer mecanismos jurídicos para operar eficazmente en contra de la delincuencia organizada facilitando la aprehensión, captura y retención de los eventuales implicados; realizando allanamientos e interceptaciones, identificando sospechosos y recogiendo pruebas que conduzcan a establecer la responsabilidad de autores y partícipes. Así mismo asegurar que dichos mecanismos jurídicos contribuyan a la eficacia de la investigación y juzgamiento de conductas terroristas o de aquellas que resulten de la actividad criminal organizada;” Correlativamente, en el Decreto 1900 se indicó la necesidad de -“ establecer mecanismos jurídicos transitorios, para operar eficazmente en contra de aquellas organizaciones delincuenciales, facilitando la captura y retención de los implicados, como quiera que el régimen legal penal vigente es insuficiente para prevenir y contrarrestar los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, los que se han incrementado drásticamente, con graves consecuencias en el mantenimiento del orden público y la economía nacional; sobre este mismo punto la motivación del Decreto 1900 añadía que “actualmente se adelantan alrededor de 347 procesos judiciales por el ilícito de hurto de hidrocarburos o sus derivados y que a muchos de ellos se encuentran vinculadas personas que tienen nexos con organizaciones delincuenciales y terroristas” y adicionalmente señala que “no obstante existir 1926 investigaciones aduaneras, debido a la inadecuada técnica de tipificación del delito no ha sido posible judicializar persona alguna”.

El anterior examen comparativo, a juicio de los suscritos, muestra la relación de conexidad material que se daba entre, de un lado, las causas o presupuestos fácticos que motivaron la declaratoria de conmoción interior, la valoración de los mismos y de la insuficiencia de los recursos ordinarios al alcance del ejecutivo para mantener el orden público y, de otro, los motivos del Decreto 1900 de 2002; pudiéndose afirmar, como antes se dijo, que los considerandos del último eran una concreción de los del primero en relación con los delitos referentes a hidrocarburos. También puede afirmarse que en la motivación del Decreto 1900 de 2002 se ampliaba la explicación de los alcances desestabilizadores del orden público que tienen este tipo de delitos y de su condición de fuentes ilícitas de financiación de los grupos al margen de la ley.

En este punto debe aclararse que los suscritos no juzgan, como lo hacía el Procurador General de la Nación, que la justificación del Decreto 1837 de 2002 estribara exclusivamente en la necesidad de perseguir los delitos de terrorismo, secuestro, narcotráfico o extorsión y las violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Contrariamente, estiman que en los considerandos de tal Decreto se hizo alusión expresa a

que resultaba necesario “restringir el acceso de las organizaciones delincuenciales a los activos y recursos financieros originados en cualquier actividad ilícita.” Por lo tanto, las medidas que debían adoptarse para restablecer el orden no necesariamente debían limitarse a la persecución de aquellos flagelos. Otras conductas que contribuyeran al lucro de las organizaciones delincuenciales bien podían ser reprimidas mediante las facultades de excepción, sin que por ello quedara excluida la relación directa que la Constitución y la Ley estatutaria de estados de excepción exigen que se dé entre las causas que motivan la declaración de la conmoción interior y las medidas adoptadas para conjurarlo o impedir la extensión de sus efectos.

#### IV. Finalidad de las medidas adoptadas en la parte normativa del decreto 1900 de 2002.

13. De manera general la parte normativa del Decreto 1900 de 2002 tenía un alcance que consistía en readecuar la tipificación de ciertas conductas punibles directamente relacionadas con el hurto y el contrabando de hidrocarburos y sus derivados y con los daños a la infraestructura energética de hidrocarburos. Además, el Decreto legislativo hacía inaplicables ciertos beneficios penales para quienes estuvieran siendo procesados como sindicados de estas conductas. Finalmente, regulaba la incautación o aprehensión de los bienes que se hubieran utilizado en la comisión de los ilícitos o que constituyan su objeto, estableciendo normas para su administración o disposición.

Respecto de las conductas punibles tipificadas, estas eran las siguientes:

1. El delito de daños a la infraestructura conducta punible que no estaba descrita anteriormente en la legislación penal de la precisa manera en que se describía en el Decreto 1900 de 2002; no obstante, la misma se podía considerar comprendida dentro del tipo penal denominado “daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles”, contenido en el artículo 357 del Código Penal -Ley 599 de 200-. El cambio consistía en que la descripción de la conducta típica en el Decreto legislativo era más específica y se consagraba un aumento en las penas.

1. El delito de hurto de hidrocarburos y sus derivados, conducta que es reprimida en la legislación ordinaria bajo el tipo penal de hurto agravado, descrita por los artículos 239 y 241 del Código Penal, pero que en el Decreto 1900 de 2002 era descrita con mayor precisión, que, además consagraba un incremento en la punibilidad.

1. El delito de hurto de marcadores y reveladores<sup>82</sup>. El decreto 1900 consagraba una modalidad especial de hurto. La conducta era igual a la que configura el delito de hurto, pero calificada por el objeto material sobre el cual recaía el delito, y sin el elemento subjetivo referente al “propósito de obtener provecho para sí o para otro”. Se determinaba, además, el aumento de las penas respecto del delito de hurto simple.

1. El delito de contrabando de hidrocarburos y sus derivados. La norma ordinaria conforme a la cual se reprime de manera general esta conducta es el artículo 319 del Código Penal sobre contrabando general de mercancías. El Decreto 1900 de 2002 consagraba una modalidad específica de esta conducta, pues recaía particularmente sobre hidrocarburos o sus

derivados sin importar el valor del objeto sobre el cual recaía el delito. Las penas privativas de la libertad en el tipo penal del estado de excepción se incrementaban significativamente en el máximo imponible, al paso que las pecuniarias se disminuían, como también el mínimo de las privativas de libertad.

1. El delito de favorecimiento en el delito de hurto de hidrocarburos o sus derivados. Este comportamiento es penalizado en la legislación ordinaria bajo la figura de “Receptación”, tipificada en el artículo 447 del Código Penal. Las diferencias introducidas en la legislación de excepción consistían en ampliar los verbos rectores de la conducta típica para hacerla más precisa y referirla expresamente a hidrocarburos y derivados que hubieran sido objeto de hurto. Adicionalmente, se incrementa la pena.

1. El delito de favorecimiento en el delito de contrabando de hidrocarburos sus o derivados. La conducta es reprimida en la legislación ordinaria a través del tipo del artículo 320 del Código Penal, denominado “Favorecimiento al contrabando”. Las diferencias normativas que introducía el artículo 6° del Decreto legislativo 1900 de 2002 pretendían agravar la responsabilidad penal por favorecimiento al contrabando, íntimamente ligado con el aumento de este último delito en el año corriente, sin consideración a la cantidad de sustancia sobre la cual recayera el ilícito.

1. El delito de destinación ilícita de bienes. La conducta típica constituía un tipo especial que reprimía el almacenamiento, transporte o venta de hidrocarburos o sus derivados sin contar con licencia para ello. La misma actividad, pero cuando está demostrada la ilícita procedencia de las sustancias, es reprimida bajo el tipo penal de favorecimiento al contrabando o de receptación.

1. El delito de favorecimiento de servidor público. Esta conducta, restringida al favorecimiento del contrabando, existe en el Código Penal. En el tipo del Decreto 1900 de 2002 se incluían nuevas modalidades y la pena se establecía sin consideración al volumen de hidrocarburos objeto del delito.

En cuanto a la finalidad de estas medidas, los suscritos estiman que ellas se orientaban hacia el restablecimiento del orden mediante la creación de normas más técnicas destinadas a lograr el estrangulamiento del poder financiero de las organizaciones delincuenciales, puesto que se había probado ante la Corte de que existe una relación entre la comisión de las conductas punibles a que se refiere el Decreto y la actividad de tales organizaciones al margen de la ley; también se había demostrado cómo estos grupos obtienen de esas conductas una fuente muy importante de recursos financieros, correlativa a los costos que para el Estado tienen esas actividades delictivas. En tal virtud, la parte normativa del Decreto cumplía con el principio de finalidad.

14. No obstante todo lo anterior, acogiendo parcialmente el concepto del Procurador<sup>83</sup> y también lo dicho en la Sentencia sobre algunas de las consecuencias que se derivan de los principios de finalidad y necesidad, los suscritos aceptan que también estaba demostrado que las actividades delictivas relacionadas con hidrocarburos no son siempre llevadas a cabo por miembros de las organizaciones delincuenciales que pretenden desestabilizar las instituciones, sino que evidentemente tales conductas pueden ser perpetradas, y de hecho lo son en muchos casos, por personas sin vinculación con estos grupos armados, quienes en

ocasiones recurren a ellas como un mecanismo de subsistencia. En tal virtud, la constitucionalidad de todos los artículos cuyo alcance regulador era la tipificación de conductas delictuales (artículos 1° a 8°) debía quedar condicionada a la necesaria vinculación de la conducta desplegada en cada caso, con la actividad de los grupos al margen de la ley responsables de la alteración del orden; con tal condicionamiento, las normas descriptivas de conductas punibles hubieran podido declararse exequibles. Esta propuesta, que como se dijo fue presentada a la Sala Plena y no fue acogida por la mayoría, representaba una alternativa de fallo respetuosa de las facultades legislativas expresamente reconocidas por el constituyente al Ejecutivo durante la conmoción interior.

En este punto los suscritos deben aclarar que el condicionamiento que en los términos anteriores fue propuesto y no aceptado, no tenía el alcance de desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones en materia penal, que se expresa en el aforismo latino “nulla crimen nulla pena sine previa lege, y que recoge el artículo 29 de la Constitución Política. En efecto, el condicionamiento propuesto no hacía que la Sentencia así proferida viniera a ser una de aquellas que la doctrina ha llamado aditivas, mediante las cuales el juez constitucional señala que el contenido normativo de un precepto debe incluir “algo” que el texto de la disposición no prevé y que es exigido por la Constitución misma.<sup>84</sup> Tales sentencias aditivas han sido consideradas por algunos como inadmisibles en materia penal, pues por tal vía no sólo se desconocería el referido principio de legalidad que exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el legislador, sino que también el principio de favorabilidad se vería comprometido, pues el mismo supone que en asuntos criminales no se hagan interpretaciones extensivas o analógicas in malam partem. Por eso, se dice, en materia penal no son posibles las sentencias aditivas que realicen una extensión de los supuestos objeto de sanción.

El fallo que se proponía sería más bien uno de aquellos que la doctrina ha llamado “reductores”, en los cuales el juez constitucional reduce el ámbito de aplicación de la norma.<sup>85</sup> En materia penal este tipo de pronunciamientos no tiene el alcance de desconocer el principio de legalidad y más bien realiza plenamente el de favorabilidad al implicar una interpretación in bonam partem. Si se hubiera admitido que las normas que tipificaban hechos punibles eran constitucionales siempre y cuando las conductas desplegadas en cada caso tuvieran vinculación con la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden, el ámbito de aplicación de tales normas tipificadoras contenidas en el Decreto 1900 de 2002 se hubiera reducido y no extendido.

Por todo lo anterior los suscritos estiman que la constitucionalidad de las normas que describían conductas punibles se hubiera podido declarar con el mencionado condicionamiento. Por las mismas razones, las medidas de carácter procedimental adoptadas en el articulado del Decreto sólo podían ser consideradas exequibles bajo el entendido de que ellas resultaban aplicables únicamente al juzgamiento de conductas vinculadas con la actividad de tales organizaciones delincuenciales.

V. Los demás aspectos de la constitucionalidad del articulado del Decreto Legislativo 1900 de 2002, distintos de su finalidad y conexidad.

a. Las normas que describían conductas punibles (artículos 1° a 8°)

15. La mejor tipificación de conductas delictivas y el incremento de las penas llevada a cabo a través del Decreto 1900 de 2002 cumplían con los principios de necesidad y subsidiariedad si se acepta la insuficiencia de las normas que regulan la represión de estos ilícitos en tiempo de normalidad. El Decreto expresamente mencionaba esta insuficiencia de la legislación ordinaria<sup>86</sup>, circunstancia que además aparecía demostrada en el expediente, pues las pruebas conducían a concluir que a pesar de la actividad de las autoridades no había sido posible frenar las prácticas delictivas relacionadas con hidrocarburos, las cuales, contrariamente, se habían venido incrementado en el último año de manera significativa. En tal virtud, los artículos 1° a 8° que tipificaban los delitos relacionados con hidrocarburos cumplía con el principio de necesidad a que se refiere el artículo 11 de la Ley estatutaria sobre estados de excepción.<sup>87</sup>

En este punto y en relación con el asunto de la necesidad de las medidas que adopte el ejecutivo durante el estado de conmoción, los suscritos hacen ver cómo el aumento de penas cumple un objetivo disuasorio de la comisión del delito, pero, más allá de este objetivo, tiene importantes efectos en el terreno de los beneficios que la ley procedimental penal otorga en el caso de delitos castigados con penas menores. Por eso, el aumento de penas pretende facilitar el juzgamiento de los delitos respectivos y por ello resulta ser un mecanismo apropiado para lograr en el corto plazo su represión. En tal virtud, si la legislación ordinaria dificulta ese juzgamiento más expedito, el incremento punitivo viene a ser una medida necesaria de política criminal en tiempo de conmoción interior. Por ejemplo, como se hizo ver anteriormente, la libertad provisional se concede al sindicado, entre otras causas, cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que merecería como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa, por lo cual, si esta pena es corta, rápidamente es puesto en libertad<sup>88</sup>.

16. De igual manera, las normas que tipificaban conductas punibles cumplían con el principio de motivación de incompatibilidad<sup>89</sup>, ya que el Decreto expresaba las razones por las cuales las leyes penales vigentes eran incompatibles con el estado de excepción, al dificultar la persecución y juzgamiento de las conductas que servían de fuente de financiación a las organizaciones delincuenciales<sup>90</sup>. Recuérdese que la suspensión de leyes incompatibles con el estado de conmoción interior está autorizada expresamente por el artículo 213 de la Carta en los siguientes términos: “Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción”.

17. Bajo el supuesto del condicionamiento propuesto por los suscritos, que garantizaba la conexidad y finalidad de las medidas normativas, también la adopción de los nuevos tipos penales y el incremento punitivo adoptado guardaban proporcionalidad con la gravedad de la situación que buscaban remediar en el corto plazo. La proporcionalidad ha sido definida como “la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dicten para contrarrestar el orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar. Lo que equivale a decir que la proporcionalidad “es la razonabilidad que debe mediar entre la medida de excepción y la gravedad de los hechos”.<sup>91</sup> En este caso, la mejor tipificación de las conductas y la agravación de las penas no eran medidas excesivas o irrazonables, teniéndose en cuenta que iban a ser aplicadas a quienes las cometieran con fines terroristas o para contribuir a la financiación de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden público; por el contrario, la inadecuada tipificación de

los delitos en la legislación ordinaria y lo reducido de las sanciones contempladas en ella, con las consecuencias procedimentales que dificultan el juzgamiento de los sindicatos, constituyen medidas normativas que no guardan un equilibrio en relación con la gravedad de las conductas y su condición de fuentes ilícitas de financiación de los grupos desestabilizadores del orden público. De esta manera, los artículos 1° a 8° cumplían con el principio de proporcionalidad a que se refiere la Ley estatutaria de estados de excepción.<sup>92</sup>

En este punto, y bajo el supuesto del referido condicionamiento propuesto por los suscritos, merecen especial comentario las nuevas disposiciones punitivas que, en relación con los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos, castigaban la conducta sin atender a la cantidad de la sustancia que constituyera su objeto. Sobre este particular debe cabe recordar la jurisprudencia sostenida d esta Corporación<sup>93</sup>, según la cual el examen de la suficiencia o el exceso de una sanción penal respecto del delito para el cual se contempla implica un juicio de valor que, salvo en aquellos casos de desproporción manifiesta o evidente irrazonabilidad, escapa a las atribuciones del juez constitucional.

Sobre este tema la Corte ha dicho, por ejemplo, que “bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.” Es decir, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, adoptar la política criminal que se adecue a la situación social del momento y al juicio que en determinada circunstancia llegue a hacer de la incidencia social de ciertas conductas ilícitas. Es este un terreno donde confluye un amplio margen de discrecionalidad, al cual corresponde un correlativo examen laxo de constitucionalidad. Por eso, sólo en el evento de desproporcionalidad manifiesta podría la Corte retirar del ordenamiento la disposición.

En el caso de las medidas punitivas adoptadas por el Gobierno durante los estados de excepción, no debe perderse de vista que el objetivo que ellas persiguen -conjurar la alteración del orden público o impedir la extensión de sus efectos-, se erige como una finalidad constitucionalmente válida que hace que no pueda aplicarse un examen rígido de proporcionalidad a las disposiciones que consagran incrementos punitivos. Esto por cuanto la rigurosidad de las sanciones penales debe ser mirada como una medida que en principio parece adecuarse a la necesidad de restablecer el orden. A mayor criminalidad desestabilizadora, lógicamente puede corresponder una mayor punibilidad. Si la proporcionalidad implica, como se dijo, un examen de adecuación de la medida de excepción a la gravedad de los hechos, el incremento punitivo en principio parece justificado.

Ahora bien, el sancionar las conductas de hurto y contrabando de hidrocarburos, cuando fueran cometidas para contribuir a la financiación de las organizaciones delincuenciales, sin atender a la cantidad de sustancia sobre la cual recayera la conducta no resultaba manifiestamente desproporcionado, máxime cuando, como se encontraba demostrado en el expediente, la fuente de ilícita financiación que en estas actividades encuentran las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden público implica la

existencia de una cadena de actores, que se inicia con delincuentes que usual y continuamente cometen los referidos delitos sobre cantidades no apreciables de combustible.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el principio de proporcionalidad de la sanción no es asunto que solamente se refiera a las normas que sobre dosimetría penal adopte el legislador; tal proporcionalidad también tiene un momento de aplicación concreta, cuando se hace la graduación particular de la pena que debe corresponder al condenado. Para ese efecto los tipos penales, como los de hurto y contrabando, preveían máximos y mínimos impondibles, que deben adoptarse en el caso concreto atendiendo a la gravedad del injusto y al índice de culpabilidad o intencionalidad del agente.

18. Finalmente en cuanto a la eficacia de las disposiciones que habían sido adoptadas por el Ejecutivo en los artículos 1° a 8° del Decreto legislativo 1900 de 2002, los suscritos aprecian lo siguiente:

El Decreto legislativo describía modalidades especiales de conductas típicas antes cobijadas por tipos generales. Especialmente, se describían de manera más técnica y apropiada los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos y derivados, estableciendo sanciones mayores que las anteriores y proporcionadas a la cuantía del ilícito y consagrando como agravante específico la comisión de la conducta por un servidor público.

Las anteriores medidas, bajo el supuesto del condicionamiento propuesto, estaban llamadas a tener una incidencia favorable en la represión de esas conductas ilícitas, y de hecho ya la estaban teniendo, como lo manifestaba el interviniente en nombre de ECOPETROL, quien al respecto informaba a la Corte lo siguiente:

“ Sólo durante la vigencia del Decreto, la efectividad de los operativos de las autoridades se han incrementado, contando hoy con 24 tractomulas inmovilizadas; 45 personas capturadas, retenidas y en proceso de judicialización; un volumen recuperado de 80.000 galones de gasolina, y dos estaciones de servicio selladas, todo lo cual contrasta con la casi total impunidad e ineficacia que se venía presentando.

“En las zonas de frontera se ha desestimulado el contrabando; al respecto, la Policía Fiscal Aduanera ha informado a Ecopetrol que no hay disponibilidad de tractomulas y carrotanques para movilizar el contrabando ya que los transportadores temen ser judicializados, según informe anexo.

“Así las cosas, en criterio de Ecopetrol, haciendo una proyección de los resultados obtenidos con la expedición del Decreto 1900 de 2002, y para el término previsto de vigencia del mismo, las medidas en él adoptadas permitirán, en el corto plazo, generar importantes recursos para el Estado Colombiano debilitando seriamente, de paso, las finanzas de los grupos al margen de la ley.”

b. Artículos que consagraban modificaciones a las normas de procedimiento penal.

Artículos 9° y 10°:

19. El artículo 9° del Decreto 1900 de 2002 tenía el alcance de ordenar al fiscal que

decretara la detención preventiva en los procesos por hurto o contrabando de hidrocarburos en donde se hubiera vinculado al imputado mediante indagatoria o declaración de persona ausente. Además, ordenaba la inaplicación dentro de los procesos por los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos, mientras durara la conmoción interior, de algunas de las causales para obtener la libertad provisional, establecidas en el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal.<sup>94</sup>

Conforme al condicionamiento general propuesto por los suscritos y que no fue acogido, la inaplicación de las causales establecidas para conceder la libertad provisional, operaría solo en los procesos por los delitos de hurto y contrabando en los que estuviera acreditado que la conducta desplegada tenía vinculación con la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden.

Por su parte, el artículo 10° disponía que en los procesos por delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la acción penal no se extinguiera por reparación o indemnización integral del daño ocasionado.

A juicio de los suscritos, los artículos 9° y 10° no irrespetaban la Constitución y la ley estatutaria de administración judicial. Constituían mecanismos que pretendían adecuar la legislación procedimental penal mientras durara la conmoción interior, para facilitar el juzgamiento de los responsables de los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos. Adicionalmente, al impedir que se concediera fácilmente la libertad a los sindicados detenidos, las disposiciones evitaban que retornaran a sus actividades ilícitas. Por ello, tales medidas estaban dirigidas a combatir una criminalidad que había sido determinante de la perturbación de la paz al contribuir a la ilícita financiación de las organizaciones delincuenciales. Por ello debía entenderse que los artículos 9° y 10° respetaban el principio de finalidad o conexidad a que se refiere el artículo 10 de la Ley estatutaria sobre estados de excepción<sup>95</sup>, siempre y cuando se aplicaran únicamente dentro de procesos penales seguidos por los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos en los cuales en los que estuviera acreditado que la conducta desplegada tenía vinculación con la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden.

También estas disposiciones cumplían el principio de necesidad<sup>96</sup>, toda vez que el Ejecutivo en la motivación del Decreto bajo estudio expresamente había mencionado la inadecuación de la legislación procesal ordinaria<sup>97</sup> para la represión de los mencionados delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos. En esta misma medida había cumplido con el principio de motivación de incompatibilidad<sup>98</sup>; se observa además, que el Gobierno había señalado cuáles eran las normas del Código de Procedimiento Penal que quedaban suspendidas por los artículos 9° y 10° del Decreto 1900 de 2002, suspensión que, conforme se ha dicho, debía entenderse operante sólo respecto de proceso en los que estuviera acreditado que la conducta desplegada tenía vinculación con la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden.

Artículos 11, 12 y 13

20. Los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 1900 de 2002 regulaban aspectos del manejo de los

bienes objeto de los delitos de hurto o contrabando de hidrocarburos o sus derivados, o que se hubieran utilizado para cometerlo. El primero se titulaba “incautación de bienes” y se refería al decomiso de los bienes que hubieran sido utilizados en la comisión del delito de hurto de hidrocarburos o sus derivados o que constituyeran su objeto estableciendo normas para su posterior administración por parte de ECOPETROL. El artículo siguiente se refería a la manera en la cual serían distribuidas las sumas de dinero que recibiera ECOPETROL por la comercialización de hidrocarburos o sus derivados que hubiera recibido como fruto de tal incautación o decomiso; finalmente, el artículo 13 regulaba el régimen jurídico de los hidrocarburos o derivados que fueran aprehendidos por la DIAN como procedentes del contrabando.

En cuanto a los artículos 1199 y 12100 los suscritos estiman que la correcta interpretación de su tenor literal llevaba a concluir que regulaban una forma de decomiso judicial y que la norma no tenía en cuenta la posibilidad de que los hidrocarburos hurtados no fueran de propiedad de ECOPETROL sino de un tercero dueño de los mismos, o de que existiera un tenedor legítimo con derechos sobre ellos. Esta posibilidad podía darse, puesto que el delito de hurto podía cometerse después del momento en el cual ECOPETROL hubiera hecho entrega de los hidrocarburos o derivados a distribuidores mayoristas, minoristas o transportadores. Por lo tanto, las sustancias objeto del delito bien podrían ser de distribuidores o comerciantes de derivados del petróleo, como por ejemplo lo son los dueños de estaciones de servicio. También podría darse el caso de que los hidrocarburos hurtados no fueran íntegramente de propiedad de la mencionada empresa estatal, pues en ocasiones ella participa en contratos de asociación para la explotación de estas sustancias, lo cual hace que sobre ellas se establezca una copropiedad en algún momento del proceso. Es este caso, la empresa privada asociada también tiene derechos sobre lo hurtado, que no pueden ser desconocidos por el legislador.

Conforme con lo anterior, debía entenderse que el fiscal sí podía ordenar el decomiso, pero que esta medida tenía que tener un carácter provisional orientado a facilitar la administración de los bienes decomisados. Si los mismos eran de naturaleza consumible, debían comercializarse sin esperar a los resultados del proceso. En este caso la comercialización equivaldría a un acto administrativo y no dispositivo, que convenía anticipar para evitar los costos de almacenamiento de los hidrocarburos y sus derivados. No obstante, la distribución final del producto de la venta, que sí constituía un acto dispositivo, aunque las normas no lo indicaran debía posponerse hasta la terminación del proceso cuando se hubiera establecido con claridad si procedía o no la devolución de las sustancias decomisadas, devolución que podía operar respecto de terceros con derechos sobre las mismas, o incluso con respecto del inicialmente sindicado del delito, cuando se demostrara que no era responsable en razón de ser el legítimo tenedor de los hidrocarburos o derivados. Mientras no estuviera definido este asunto, el producto de la comercialización de los hidrocarburos o derivados debía mantenerse en una cuenta especial, separada de los demás activos monetarios de ECOPETROL<sup>101</sup>.

Si se tratara de bienes utilizados para la realización del delito, como por ejemplo podrían serlo los carro-tanques en que se transportara lo hurtado, u otros que por su naturaleza no fueran fungibles, su administración debía confiarse a una fiduciaria, como lo indicaba el artículo 11. En cuanto a su destino final, no regulado por el artículo 11 ni por el 12, este

debería ser el indicado en el respectivo contrato de fiducia, el cual debía tener en cuenta las normas generales del Código de Procedimiento Penal relativas al destino final de los bienes utilizados en la comisión de delitos, contenidas en el inciso segundo del artículo 64 de dicho Código,<sup>102</sup> pues tal disposición, justamente, es la que protege la propiedad de terceros no responsables, respecto de los bienes utilizados para la comisión de ilícitos.

La propuesta presentada por los suscritos a la Sala Plena consideraba que en la interpretación que acaba de hacerse los artículos 11 y 12 del Decreto 1900 de 2002 no desconocían la Constitución, pues a través de la figura del decomiso se facilitaba la administración de los hidrocarburos objeto del ilícito de hurto o de aquellos utilizados para su comisión, sin desconocer derechos de terceros. Contrario sensu, se descartaba la exégesis del artículo 11 como disposición que autorizaba al fiscal para ordenar el comiso definitivo de tales bienes sin esperar a las resultas del proceso y a la definición de derechos de terceros.

De igual manera, a fin de garantizar la efectividad de los principios de conexidad y finalidad en materia penal y procesal penal a que se refiere el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, la propuesta de los suscritos que no fue acogida por la mayoría establecía que si bien el decomiso podía ordenarse desde la providencia de apertura de la investigación, la destinación definitiva de los bienes decomisados a que hacía referencia el artículo 12 no podía ser hecha sino cuando se encontrara acreditado que la conducta punible se encontraba vinculada a la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden público.

21. En cuanto a las reglas contenidas en el artículo 12 relativas al pago de recompensas con el producto de la venta de los hidrocarburos decomisados, los suscritos ponen de presente cómo sobre este tema existen múltiples ejemplos en la legislación que han sido avalados por la jurisprudencia constitucional, por lo cual la norma no presentaba problemas de exequibilidad.

En efecto, la consagración de beneficios por la colaboración para con la administración de justicia ha sido una figura a la cual se ha acudido en reiteradas ocasiones dentro de la política criminal nacional<sup>103</sup>. Dentro de los beneficios, han tenido relevancia las recompensas por suministro de información oportuna, tanto dentro de la figura del anterior estado de sitio (C.N. de 1886), como en la del estado de conmoción interior (C.P. de 1991)<sup>104</sup>; igualmente en estados de normalidad<sup>105</sup>.

Se ha sostenido por la Corte que el Estado tiene un margen amplio de establecimiento de la política criminal, limitado solamente por las expresas prohibiciones de la Carta como el establecimiento de la pena de muerte, la confiscación y la prisión perpetua. Al respecto, y frente a la constitucionalidad del establecimiento de beneficios, recompensas o incentivos en la búsqueda de una mejor y más eficiente administración de justicia dentro del marco de la política criminal del país, ha dicho esta Corporación:

“(…)el Estado está autorizado por razones de política criminal a conceder beneficios especiales a cambio de la colaboración de la ciudadanía para el esclarecimiento de hechos

punibles y la determinación de la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los mismos(...) y es así como en ocasiones anteriores se han tomado medidas similares como por ejemplo la de establecer recompensas en favor de quienes informen sobre los autores de delitos, la rebaja de penas a quienes confiesen los hechos punibles que hubieren cometido, la reserva de la identidad de testigos, etc.

(...)

Este es, entonces, un medio de obtener pruebas y de romper el anillo del silencio y de la complicidad que ahora protegen a los delincuentes que ya no son los pequeños y aislados agentes de una leve criminalidad sino verdaderas organizaciones que han asolado la sociedad civil, avasallando las defensas del Estado y puesto en grave peligro la estabilidad institucional misma, todo con una terrible alteración del orden público.”106(subrayado por fuera del original)

El establecimiento de recompensas permite que frente al alto riesgo que implica el suministrar este tipo de información, en virtud de las posibles represalias por parte de los autores conductas ilícitas, se dé un equilibrio o compensación frente al riesgo asumido. Frente a las recompensas por el suministro de información ha dicho la Corte:

“Es verdad que entre los deberes de la persona y del ciudadano, según el artículo 95, están los de “Respetar y apoyar las autoridades democráticas legítimamente constituidas”, “propender al logro y mantenimiento de la paz”, y “colaborar al buen funcionamiento de la administración de justicia”; y que esto podría llevar a la conclusión errónea de que la colaboración para la captura de los delincuentes tiene que ser forzosamente desinteresada, no remunerada. Pero la verdad es que las organizaciones criminales son poderosas, y combatirlas en una u otra forma implica riesgos para el ciudadano inerte. La recompensa, entonces, implica una compensación por los riesgos que la persona asume al denunciar al criminal que hace parte de una organización.

(...)

Las autoridades de la República obran conforme a derecho, en cumplimiento de una norma que hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, al ofrecer públicamente recompensas por informaciones que faciliten la captura de cualquier clase de delincuentes.(...) Quien se coloca al margen de la ley, está expuesto a sufrir los rigores de ésta.”107

Siguiendo el mismo criterio, y añadiéndole el de restablecimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, la Corte dijo posteriormente:

“Si bien es cierto que el deber de denunciar los hechos punibles tiene su fundamento en los deberes que el art. 95-2-7 impone a las personas, de obrar conforme al principio de solidaridad, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, no resulta contrario a dichos deberes que se creen incentivos de tipo económico que estimulen a las personas a denunciar dichos hechos, con el fin de que no queden impunes y se protejan los intereses superiores de la sociedad, interesada en su investigación y juzgamiento y a que se imponga a los responsables la correspondiente

sanción.

Además, el establecimiento de dichas recompensas puede justificarse constitucionalmente en que la denuncia de ciertos delitos, como aquellos de que conocen los jueces regionales, que revisten cierta gravedad y que normalmente son atribuidos a organizaciones criminales poderosas, conlleva una carga excepcional para la persona que lo hace, que rebasa el principio general de la igualdad frente a las cargas públicas, porque pueden correr el riesgo de poner en peligro su vida o su integridad personal o la de su familia, de modo que la recompensa se convierte mas bien en una indemnización por la asunción de dicho riesgo.”<sup>108</sup>( subrayado por fuera del original)

Por tanto, los suscritos estiman que el otorgar una recompensa en los términos en que lo establecía el inciso segundo del artículo 12 del Decreto 1900 de 2002 era razonable, y respetaba y acogía los parámetros sentados por la jurisprudencia constitucional.

Artículo 13109.

22. La lectura de la norma planteaba los siguiente interrogantes, que eran relevantes de cara a su constitucionalidad: en primer lugar la transferencia a ECOPETROL de los hidrocarburos aprehendidos, se hacía a título de “comodato”. En segundo lugar se hacía, “sin perjuicio de que el proceso aduanero de definición de la situación jurídica de la mercancía no haya terminado”. Tampoco la norma hacía ninguna referencia a que dentro del proceso penal que se adelantara por el respectivo delito, se hubiera establecido claramente la ilícita procedencia de las substancias aprehendidas por la DIAN.

En cuanto a lo primero, teniéndose en cuenta que “el comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar su uso” (Código Civil, artículo 2200), debía entenderse que el contrato que se regulaba en el Decreto no corresponde al que consagra el artículo 2200 del Código Civil. Ello por cuanto los hidrocarburos o derivados que eran objeto de aprehensión y posterior entrega a ECOPETROL tienen una naturaleza consumible que impide usarlos si posteriormente debe restituirse “la misma especie”. En tal virtud, debía considerarse que el legislador de excepción, dentro del marco de su libertad de configuración normativa, había consagrado una modalidad sui generis de comodato, que excepcionalmente recaía sobre bienes consumibles. De otro lado, el comodato regulado por el Decreto legislativo era de aquellos que la ley califica de “precarios”, es decir, aquellos en los cuales el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo, o no se presta la cosa para un servicio particular ni por un tiempo determinado.<sup>110</sup>

Ahora bien, la entrega que a título de comodato precario se hacía a ECOPETROL tenía por objeto permitir la administración de los hidrocarburos objeto de contrabando y en especial su procesamiento a fin de que pudieran ser comercializados, habida cuenta de que usualmente se trata de gasolina que contiene plomo altamente contaminante del medio ambiente y que en tal virtud no puede ser vendida en el país por expresa disposición de las normas legales.<sup>111</sup> Siendo ECOPETROL la empresa que cuenta con la capacidad técnica para llevar a cabo el proceso y manejo de los hidrocarburos a fin de que puedan ser comercializados, a ella se le entregaban con el fin de que los transformara y comercializara, pudiendo descontar

los gastos en que por ello incurriera. A estas facultades de procesamiento y comercialización se refería el artículo 13 cuando indicaba : “Ecopetrol comercializará estos bienes dentro o fuera del territorio nacional, previa revisión del cumplimiento de las normas técnicas de calidad”.

Una vez hecha la comercialización de los hidrocarburos aprehendidos por la DIAN, ECOPETROL debía trasladar el valor de los mismos a una fiduciaria. Aunque la norma no lo mencionaba expresamente, se llegaba a esta conclusión a partir de lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 13, que se refería a la distribución del 55% del producto de la comercialización, “con cargo al patrimonio autónomo a que se refiere el artículo 11 del presente decreto” . Este patrimonio autónomo no podía ser otro que el que se constituía por la entrega a una fiduciaria del producto de tal comercialización, el cual tenía por finalidad mantener esos recursos aislados del patrimonio propio de ECOPETROL, contrato de fiducia que, en los términos del artículo 11 del Decreto, se debía regir por normas de derecho privado.

En este punto se constataba que nuevamente el Decreto omitía considerar la posibilidad de que a la postre se demostrara que existía una persona distinta de ECOPETROL con derechos sobre los hidrocarburos que se hubieran aprehendido, a la cual deban serle restituidos. Tal podía ser el evento en el cual dentro del proceso se demostrara que los hidrocarburos habían sido legalmente importados al país, o que eran de producción nacional y debidamente adquiridos. Es decir, que en realidad no se había cometido el contrabando.

De manera particular, ante la posibilidad de que después de la entrega de los hidrocarburos a ECOPETROL, en el proceso penal o en el proceso administrativo aduanero se estableciera que no se había incurrido en contrabando o que el delito se había cometido por la delincuencia común sin vinculación con la actividad de los grupos responsables de la alteración del orden, debía dejarse en claro que la aprehensión a que se refería la norma y la entrega de los hidrocarburos a esa Empresa tenían carácter precario y estaban destinadas únicamente a permitir la administración de tales hidrocarburos existiendo siempre la posibilidad de que el valor de los mismos fuera devuelto al legítimo tenedor si se demostraba la inexistencia del delito. Otra interpretación de la norma implicaría el desconocimiento de posibles derechos de personas que a la postre no estuvieran involucradas en la comisión de ningún ilícito.

En el caso en que los hidrocarburos decomisados por la DIAN provinieran de la ejecución del delito de contrabando llevado a cabo sin vinculación alguna con la actividad de los grupos delincuenciales responsables de la alteración del orden, la aprehensión de las sustancias objeto del ilícito debía llevarse a cabo de conformidad con lo que al respecto dispongan las normas ordinarias.

La propuesta de los suscritos que no fue acogida, planteaba que bajo los anteriores condicionamientos, el inciso primero del artículo 13 fuera declarado exequible.

Como en el caso del artículo 12, el 13 establecía una serie de reglas para la distribución del producto de la comercialización de los hidrocarburos aprehendidos por la DIAN, que eran muy similares a las contenidas en el artículo 12. Las diferencias que presentaban radicaban en que los porcentajes de distribución no eran iguales y en que un 55% de lo aprehendido

debía ser entregado por ECOPETROL, en hidrocarburos o sus derivados, a la Fuerza Pública o al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, teniendo en cuenta la autoridad que participó en la aprehensión.

De la misma manera que al estudiar el artículo 12 los suscritos consideraban que el decomiso como figura procesal no podía desconocer derechos de terceros, es decir no podía traer como consecuencia la extinción del dominio legalmente adquirido sobre lo decomisado por personas que no hubieran participado en el delito, en el caso del artículo 13 estimaban que la aprehensión de hidrocarburos por parte de la DIAN tampoco podía tener tal alcance, por lo cual la distribución del producto de la comercialización de los hidrocarburos aprehendidos por contrabando también debía quedar supeditada a la real comprobación sobre su procedencia ilícita y a que su comisión estuviera vinculada a la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden. Sólo en esta interpretación, la disposición no desconocía el artículo 58 de la Constitución Política.

Artículo 14112.

23. Esta norma no desconocía ninguna disposición constitucional ni estatutaria, siendo claro que el término de vigencia del Decreto no podía exceder el del estado de conmoción.

El artículo 1° del Decreto 1900 de 2002 tenía el alcance de suspender el artículo 357 del Código Penal<sup>113</sup>, pero únicamente en lo relacionado con conductas que recayeran sobre la infraestructura energética de hidrocarburos, no así en lo relacionado con la infraestructura para comunicaciones.

Sin embargo, era necesario acotar que la norma, en cuanto se refería a la suspensión del artículo 357 del Código Penal, sólo resultaba exequible, según el condicionamiento general propuesto por los suscritos, cuando el delito de daños a la infraestructura energética de hidrocarburos estuviera vinculado a la actividad de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden. En los demás casos el artículo 357 del Código Penal debía mantener su aplicabilidad. Sólo bajo este condicionamiento el artículo 14 del Decreto 1900 de 2002 respetaba los principios de finalidad y conexidad que deben cumplirse cuando el legislador de excepción adopta medidas de carácter punitivo.

## VI. Conclusiones

A manera de conclusión, exponemos enseguida de manera breve las razones por las cuales el Decreto 1900 de 2002 hubiera podido ser declarado exequible de manera condicionada:

A juicio de los suscritos, desde un punto de vista formal el Decreto 1900 de 2002 cumplía con todos los requisitos de este tipo que deben observarse para expedición de decretos legislativos durante el estado de conmoción interior y, también, desde un punto de vista material se ajustaba a la Constitución y a la Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción, pues i) estaba fundamentado en una motivación real, es decir sustentado en hechos efectivamente acaecidos probados dentro del expediente y además conexos con las causas que dieron origen a la declaración de conmoción interior, ii) las medidas punitivas y procesales en él adoptadas tenían como finalidad conjurar la alteración del orden e impedir la extensión de sus efectos y iii) tales medidas eran necesarias y adecuadas para lograr tales

finés dada la insuficiencia comprobada de las normas de la legislación ordinaria para perseguir los delitos de daños a la infraestructura energética, hurto y contrabando de hidrocarburos, estos últimos fuente de ilícita financiación de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden público. En tal virtud dichas medidas cumplían con los principios a que se refieren los artículos 10 y siguientes de la citada ley 137 de 1994, especialmente con los de conexidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad.

En efecto, en cuanto al efectivo acaecimiento de los hechos que constituían la motivación del Decreto, las pruebas documentales allegadas al expediente demostraban la existencia de un incremento en la criminalidad en relación con los delitos de daños a la infraestructura energética, hurto y contrabando de hidrocarburos, la usual participación de las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden en la comisión de dichos delitos y la ineficacia de la acción del Estado para perseguir estos flagelos.

Las medidas adoptadas correspondían, además, al ejercicio legítimo de las facultades punitivas del Ejecutivo durante el estado de conmoción interior, conferidas por el artículo 44 de la mencionada Ley 137 de 1994, que lo habilitaban para tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas y modificar las disposiciones del procedimiento penal. Norma esta que había sido objeto de un fallo de exequibilidad incondicionada proferido por la Corte Constitucional, Sentencia que había hecho tránsito a cosa juzgada y tenía efectos absolutos y erga omnes. 114

#### a. Cumplimiento del principio de conexidad:

En cuanto a la conexidad entre los hechos aducidos en la parte de consideraciones del Decreto 1900 de 2002 y las causas que llevaron al Gobierno Nacional a declarar el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional mediante el Decreto 1837 de 2002, de los considerandos de este último se desprendía cuáles eran las causas que a juicio del Gobierno ocasionaron la perturbación del orden y las medidas que a su juicio debían adoptarse para conjurar esa situación de hecho. Dentro de esas causas, cuya constitucionalidad fue aceptada por esta Corporación mediante sentencia C-802 de 2002, expresamente se mencionaban los “Actos de terrorismo ... y ataques terroristas... contra la infraestructura de servicios esenciales por parte de las bandas armadas y grupos criminales”, y también se hacía referencia al “poder financiero” de los grupos responsables de la alteración del orden público. De otro lado, dentro de las mediadas que el Gobierno señalaba en la parte considerativa del referido Decreto 1837 como necesarias para poder restablecer el orden, especialmente mencionaba que era menester “restringir el acceso de las organizaciones delincuenciales a los activos y recursos financieros originados en cualquier actividad ilícita, sea cual fuere el mecanismo a través del cual se estén movilizandolos recursos dentro del sistema económico.”

Estas causas y medidas estaban directamente relacionadas con los motivos que el mismo Gobierno expusiera posteriormente como justificantes para la adopción del Decreto 1900 de 2002, de tal manera que existía una evidente relación de conexidad material entre los presupuestos fácticos que motivaron al declaratoria de conmoción interior y los que llevaron a proferir el Decreto legislativo declarado inexecutable, pudiéndose afirmar que los considerandos de éste último eran una concreción de los del primero en relación con los

delitos referentes a hidrocarburos. Podría también afirmarse que en la motivación del Decreto 1900 de 2002 se ampliaba la explicación de los alcances desestabilizadores del orden público que tenían este tipo de delitos y de su condición de fuentes ilícitas de financiación de los grupos al margen de la ley.

b. Cumplimiento del principio de finalidad.

El principio de finalidad exige que las medidas adoptadas por el ejecutivo en los decretos legislativos expedidos durante el estado de conmoción interior estén directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos<sup>115</sup>. En el caso del Decreto 1900 de 2002, dichas medidas consistían en la readecuación de la tipificación de ciertas conductas punibles directamente relacionadas con el hurto y el contrabando de hidrocarburos o sus derivados y con los daños a la infraestructura energética de hidrocarburos. Además, hacían inaplicables ciertos beneficios penales para quienes estuvieran siendo procesados como sindicados de esas conductas y, finalmente, regulaban la incautación o aprehensión de los bienes que se hubieran utilizado en la comisión de los ilícitos o que constituyeran su objeto, estableciendo normas para su administración o disposición.

En cuanto se encontraba probado dentro del expediente que de manera general existía una relación entre la comisión de las conductas punibles descritas en la parte normativa del Decreto 1900 de 2002 y su difícil juzgamiento conforme a las normas de la legislación ordinaria, y la situación de alteración del orden público, dichas medidas cumplían con el principio de finalidad. En efecto, obraba en el plenario constancia documental sobre la actividad de las organizaciones delincuenciales al margen de la ley, mostrando cómo estos grupos obtienen de las conductas que era reprimidas en el Decreto declarado inexecutable una fuente muy importante de recursos financieros, correlativa a los costos que para el Estado tienen estas conductas delictivas. A este respecto se encontraba demostrada la existencia de un verdadero “cartel de la gasolina”, la utilización de este combustible ilícitamente obtenido como precursor químico de las sustancias objeto del delito de narcotráfico, la permanencia de una organización que implica desde la constante custodia de los oleoductos y poliductos para permitir el hurto de hidrocarburos, la vigilancia de los caminos y trochas por los que se introduce la gasolina de contrabando desde las fronteras, la red de comunicaciones de que disponen los grupos delincuenciales para alertar a quienes inmediatamente ejecutan las conductas, las redes de transporte y distribución de los hidrocarburos ilícitamente obtenidos, el boleteo a la ciudadanía para obtener mediante extorsión su cooperación bien el hurto, la ilícita importación, el almacenamiento o la distribución de tales sustancias, etc. Circunstancias todas estas que eran indicativas de una verdadera organización delincencial tendiente a obtener para los grupos al margen de la ley una fuente importante de ilícita financiación a costa de los recursos públicos, atentando incluso, mediante extorsión, contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se encontraba demostrado también, que las acciones que habían venido adelantado los organismos de seguridad y los de la Rama Judicial para combatir estas conductas delictuales mediante los recursos de sus facultades ordinarias no habían resultado adecuadas para lograr penalizar a los delincuentes que las cometen.

No obstante, teniéndose en cuenta que de los principios de finalidad y conexidad se

desprende que las facultades del ejecutivo para tipificar penalmente conductas y aumentar y reducir las penas deben ejercerse exclusivamente en relación con hechos punibles que guarden relación directa con las causas que originaron la declaratoria del estado de conmoción interior o pretendan impedir la extensión de sus efectos, no le era posible al Ejecutivo describir cualquier clase de conducta punible, ni aumentar las penas de cualquier tipo penal ordinario, sino que esta facultad debía circunscribirse a aquellas conductas típicas que directamente eran perturbadoras del orden público, o cuya ejecución contribuía directamente al fortalecimiento financiero de las organizaciones delincuenciales. Por esta razón, algunos de los tipos penales no podían considerarse constitucionales pura y simplemente, pues de manera general penalizaban conductas que no siempre están asociadas con las causas que según el Gobierno determinaron la alteración del orden, ni su represión contribuía al estrangulamiento de las fuentes de financiación de las organizaciones delincuenciales que han alterado el orden público. Tal era el caso de los delitos de hurto y contrabando de hidrocarburos en los cuales la descripción de la conducta típica abarcaba modalidades utilizadas por la delincuencia común como *modus vivendi*, sin ningún asocio con los propósitos o actividades de las organizaciones criminales que han motivado la declaración de la conmoción interior. No obstante, introduciendo el condicionamiento relativo a la necesaria vinculación de la conducta desplegada en cada caso, con la actividad de los grupos al margen de la ley responsables de la alteración del orden, las normas descriptivas de tales conductas punibles hubieran podido declararse exequibles. Esta propuesta, que fue presentada a la Sala Plena y no siendo acogida por la mayoría, representaba una alternativa de fallo respetuosa de las facultades legislativas expresamente reconocidas por el constituyente al Ejecutivo durante la conmoción interior.

### c. Cumplimiento del principio de necesidad

En relación con el asunto de la necesidad de las medidas<sup>116</sup> que adoptaba el ejecutivo en el Decreto 1900 de 2002, el recurso al incremento punitivo pretendía ser un factor disuasorio de la comisión del delito, pero, más allá de esta consideración, tenía importantes efectos en el terreno de los beneficios que la ley procedimental penal otorga en el caso de delitos castigados con penas menores. En ese sentido, el aumento de penas pretendía facilitar el juzgamiento de los criminales y en esta medida resultaba ser un mecanismo apropiado para lograr en el corto plazo la represión de delitos que, por su alto índice de incidencia actual, habían sido considerados como causa o concausa del estado de conmoción interior. También la mejor tipificación de las conductas punibles con la introducción de nuevos ingredientes normativos pretendía lograr este objetivo de lucha contra la delincuencia al facilitar el enjuiciamiento. En cuanto a las normas procesales contenidas en el Decreto que hacían inaplicables ciertos beneficios penales para quienes estuvieran siendo procesados como sindicados de las conductas que se penalizaban y aquellas otras normas que regulaban la incautación o aprehensión de los bienes que se hubieran utilizado en la comisión de los ilícitos o que constituyeran su objeto, estableciendo normas para su administración o disposición, los suscritos estiman que tales medidas perseguían esos mismos propósitos de facilitamiento del juicio de los delincuentes.

Ahora bien, dado que estaba estadísticamente demostrado dentro del expediente que el procesamiento de los sindicados de las conductas penalizadas se hacía muy difícil bajo la legislación ordinaria, por la inadecuada descripción típica de las conductas y la fácil

operancia del beneficio de la libertad provisional o de la extinción de la acción penal en muchos casos, forzoso era concluir que todas las medidas adoptadas por el Ejecutivo cumplían con el principio de necesidad, pues al facilitamiento del juzgamiento de las conductas punibles se asociaba el logro del restablecimiento del orden público.

d. Cumplimiento del principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad ha sido definida como “la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dicten para contrarrestar el orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar. Lo que equivale a decir que la proporcionalidad “es la razonabilidad que debe mediar entre la medida de excepción y la gravedad de los hechos”.<sup>117</sup> Desde esta perspectiva, el sancionar penalmente los hechos punibles de daños a la infraestructura, hurto y contrabando de hidrocarburos y demás delitos conexos, como lo hacía el Decreto, parecía adecuado y razonable una vez demostrada la conexidad existente entre estas conductas y la alteración del orden público o el financiamiento de las organizaciones delincuenciales responsable de ello. Incluso, el sancionar las conductas de hurto y contrabando de hidrocarburos sin atender a la cantidad de sustancia sobre la cual recaían las conductas no podía estimarse manifiestamente desproporcionado, máxime cuando, como se encontraba demostrado en el expediente, la fuente de ilícita financiación que en estas actividades encuentran las organizaciones delincuenciales responsables de la alteración del orden público implica la existencia de una cadena de actores, que se inicia con delincuentes que usual y continuamente cometen los referidos delitos sobre cantidades no apreciables de combustible.

e. Observancia de otros requisitos y límites:

De otro lado, en cuanto al cumplimiento de los principios que debe observar el legislador de excepción al proferir decretos legislativos durante el estado de conmoción interior, el Decreto 1900 de 2002 cumplía también con el de motivación de incompatibilidad<sup>118</sup> pues dentro de su mismo texto el Gobierno había señalado cuáles eran las disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal que eran suspendidas por el Decreto legislativo y en la motivación había expresado por qué era necesaria tal suspensión, dada su ineficacia actual.

Finalmente el Decreto 1900 de 2002 no entrañaba discriminación alguna y respetaba las reglas del Derecho Internacional Humanitario, los tratados y convenios internacionales sobre Derechos humanos y los derechos intangibles a que se refiere el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De manera particular garantizaba el derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y no suprimía ni modificaba los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Con todo lo anterior acataba expresamente los artículos 3°, 4 y 44° de la Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción.

El anterior recuento de las razones que soportaban la constitucionalidad las disposiciones contenidas en el Decreto 1900 de 2002, y en ciertos casos la constitucionalidad condicionada de algunas de sus normas, como fue propuesto en el proyecto de sentencia llevado a la Sala Plena que no fue aceptado, sustenta la posición discrepante de los suscritos respecto de la decisión de inexequibilidad adoptada por la Corte.

Fecha ut supra.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-254-96. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Providencia relativa a la exequibilidad de la Ley 188 de 1998 ( artículos 20 y 21 (parcial) ). “ (...) No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables ”.

2 Este artículo se refiere a la suspensión del artículo 357 del Código Penal, en lo referente a energía y combustibles.

3 Sentencia número 21 del 3 de marzo de 1988. Expediente 1776 (256-E) Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. Gaceta Judicial Tomo CXVC, 1988 Primer Semestre.

4 Sentencia C-038 de 1995.

5 Idem.

6 Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, entre otras.

7 Sentencia C-996 de 2000.

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

9 Sentencia C-1164 de 2000.

10 Sentencia C-587 de 1992

11 Sentencia C-456 de 1997

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

13 Sobre el particular ver sentencias C-587 de 1992, C-404 de 1998, C-177 de 2001.

14 En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad.

Ver sentencia C-125 de 1996.

16 Ello se desprende claramente del artículo 93 de la Constitución, así como de la obligación de no suspender los derechos humanos y respetar el derecho internacional humanitario (C.P. art. 214). Sobre el particular, ver sentencia C-179 de 1994. Por otra parte, en sentencia C-802 de 2002, la Corte hizo un extenso análisis sobre las limitaciones que, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y sobre la base de tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, se imponen en materia de estados de excepción.

17 Sentencia C-556 de 1992.

18 El artículo 9 de la Ley estatutaria de estados de excepción contempla restricciones al ejercicio de las competencias gubernamentales. Tales restricciones, como se verá, no hacen más que reforzar la idea según la cual la interpretación de tales competencias, es restrictiva.

19 Ver sentencia C-802 de 2002.

20 Idem.

21 Sentencia C-045 de 1996.

22 Sentencia C-530 de 1993.

23 Cfr. Jesús-María Silva Sánchez. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Cuadernos civitas. Madrid. 1999. Págs. 21 y ss

24 Cfr. Blanca Mendoza Buergo. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Civitas. Madrid. 2000. Págs. 78 y ss.

25 Para que los delitos de peligro abstracto no quebranten valores, principios o derechos constitucionales, es indispensable que la conducta prohibida, al menos origine un peligro mediato para los bienes jurídicos. Con razón expresa Fernando Velásquez Velásquez que, si "...se hace descansar la razón de ser de la punición de estas figuras en la "peligrosidad", quedan notorias dudas en torno a la constitucionalidad de semejantes descripciones típicas..." Derecho Penal. Parte General 2ª edición. Bogotá. Temis 1995, pag. 360

26 Cfr. Cristina Méndez Rodríguez. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid. 1993. Págs. 211 y ss. Teresa Rodríguez Montañés. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid. 1994. Págs. 13 y ss.

27 Cfr. Urs Kindhäuser. Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der Abstrakten und Konkreten Gefährdungsdelikte. Vittorio Klosterman. Frankfurt am main. 1989. Pág. 189, especialmente la nota a pie de página No. 1.

28 Cfr. Ricardo M. Mata y Martín. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Editorial Comares. Granada. 1997. Págs. 21 y ss.

29 Un análisis crítico, sobre las teorías tradicionales del bien jurídico y los delitos de peligro abstracto, puede verse en: Bernd J. A Müssig. Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Peter Lang. Frankfurt am Main. 1994. Págs. 9 y ss.

30 Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 71 del 3 de octubre de 1989. Gaceta Judicial. Tomo CXCVII, 1989.

31 En sentencia C-179 de 1994 se analizó in extenso la prohibición de desconocer el núcleo esencial de los derechos constitucionales mediante las medidas de excepción.

32 Ver sentencias T-607 de 2000 y T-114 de 2002, referidas a la suficiente argumentación en sede judicial.

33 Salvo por aplicación de la favorabilidad.

34 Cfr. Santiago Mir Puig. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Ariel Derecho. Barcelona. 1994. Págs. 28 y ss.

35 Para algún sector de la doctrina, es claro que la retribución tiene asiento en un modelo de Estado autoritario, diferente al actualmente vigente. Sin embargo, muchos le dan sentido a la retribución como límite de la pena. Con todo, a ese mismo punto se puede llegar a través del principio de proporcionalidad: Debe existir una relación de equilibrio entre la magnitud del daño social ocasionado, culpabilidad de la conducta y pena. Es decir, la pena se puede limitar sin referencia a la retribución. Si ello es así, no tiene sentido que en el derecho penal del moderno constitucionalismo se siga hablando del fin retributivo de la pena.

36 Cf. Enrique Bacigalupo. Principios de derecho penal. Parte General. Akal/iure. Madrid. 1994. Págs.73 y ss.

37 Cfr. Winfried Hassemer. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Artículo publicado en la revista Nuevo Foro Penal, No 51. Medellín, enero de 1991. Págs. 17 y ss. Traducción de Elena Larrauri.. Del mismo autor: Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Artículo publicado, en la revista Doctrina Penal, num 46/47, abril-septiembre 1989, págs. 275 y ss..Traducción de Patricia S. Ziffer.

38 Cfr. Günther Jakobs. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.2000.Págs.29 y ss. Traducción de Teresa Manso Porto. Sobre el problema de la "criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico", es fundamental el trabajo crítico de Jakobs: "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung.". Publicado en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97. 1985.Págs 751 y ss.. Con respecto a la aplicación de este concepto en la legislación antiterrorista de España, ver: Manuel Cancio Melia. "Derecho Penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Artículo publicado en la Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais. Porto Alegre. Brasil.Numero 5.Abril de 2002.

39 Sentencia C-499 de 1998, C-1062 de 2000, C-410 de 2001, entre otras.

40 Sentencia C-177 de 2001.

41 Sentencia C-070 de 1996.

42 Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

43 Diccionario esencial de la Real academia Española. Ed. Espasa. Madrid 2001, pág 120.

44 Fundamento jurídico N° 8.

45 Fundamento jurídico N° 8.2

46 Ibidem

47 Ibidem

48 Sentencia C-760 de 2001

49 M.P. Ricardo Medina Moyano

50 M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz

51 M.P Fabio Morón Díaz

52 Salvamento de voto a la Sentencia N° 10 de marzo 27 de 1989, de los magistrados Jaime Sanín Greffenstain, Jairo Duque Pérez, Hernando Gómez Otálora y Héctor Marín Naranjo.

53 M.P. Dídimo Páez Velandia

54 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

55 M.P Antonio Barrera Carbonell

56 Por otra parte, los mismos organismos internacionales de control de los estados de excepción, además de acoger el control de proporcionalidad, les atribuyen una dimensión temporal, con el propósito de que los gobiernos no se sirvan de medidas transitorias para imponer medidas que deban tener efectos de larga duración. Tal es, por ejemplo, el caso de la comisión Interamericana de Justicia (informe Colombia página 219, párrafo tercero, citado por O'Donnell Daniel, en: "Protección Internacional de los Derechos Humanos", de la Comisión Andina de Juristas, pág. 410)."

57 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

58 Sentencia C-011 de 1994, M.P Alejandro Martínez Caballero.

59 El texto de estos artículos es el siguiente:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena."

“Artículo 45. La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación.

Si la nueva ley minorra de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

Si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna. ”

60 Sobre la facultad de “aumentar penas” conferida al Ejecutivo por la Ley Estatutaria sobre estados de excepción , la Corte entiende que su sentido obvio es el usual del lenguaje, que permite hacerlas más gravosas tanto cuantitativa como cualitativamente.

61 Cf. Sentencia C-443 de 1997

62 Sentencia C-443 de 1997

63 Sentencia c-070 de 1996, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

64 M.P Álvaro Tafur Gálvis

65 Este criterio había sido también expuesto en la Sentencia C- 374 de 1997, M.P José Gregorio Hernández Galindo

66 Ibidem

67 Este vínculo era aducido en los considerandos contenidos en los incisos 13 y 14 de la parte motiva del Decreto.

68 Informe de la Subdirección de Inteligencia y Policía Judicial de la Policía Fiscal y Aduanera obrante en el expediente. Ver anexo 1. Intervención de ECOPETROL folio 29

69 Ibidem

70 Ver anexo 1, Intervención de ECOPETROL, folio 300

71 Para corroborar el hecho de que estas conductas ilícitas constituyen en muchos casos una fuente ilícita de financiación de las organizaciones delincuenciales, téngase en cuenta las siguientes aseveraciones de la presidencia jurídica de ECOPETROL, obrantes en el expediente:

“Hurto de hidrocarburos y sus derivados:

“Las estadísticas oficiales de Ecopetrol (ver anexos 1 y 2) muestran que el aumento en lo que

va corrido del año 2002, en materia de hurto de hidrocarburos equivale a un 30% en relación con la totalidad de lo hurtado durante el año 2001 y que en los últimos meses de este primer semestre se incrementó dramáticamente.

“En este sentido, cabe advertir que entre enero y julio de este año, Ecopetrol registró pérdidas por cuantía de 72.5 millones de dólares, frente a 86 millones de dólares de la totalidad del año anterior; solamente en el mes de julio de 2002, las pérdidas presentaron un incremento de 131.795 barriles lo que representa un aumento del 61.3 % respecto del mes anterior

“Ahora bien, según información recibida de las autoridades competentes, las AUC y las guerrillas (FARC y ELN) son causantes del 90% del hurto de hidrocarburos del país.

“En efecto, de acuerdo con estimativos a septiembre 09 de 2002 (Anexo 13) provenientes de la Dirección Central de Policía Judicial, Área Delitos contra el Patrimonio Económico, Grupo Hidrocarburos, del total de hidrocarburos hurtado por aquellos grupos, la distribución es la siguiente: las AUC, 80%; las guerrillas, 10%, y la delincuencia común, 10%.

En consecuencia, es evidente que el hurto de hidrocarburos y sus derivados es una de las principales fuentes de financiación de las organizaciones terroristas.

“De otra parte, debe tenerse en cuenta que el principal sistema para hurtar hidrocarburos y sus derivados se efectúa a través de la instalación de válvulas sobre los oleoductos y poliductos ubicados en zonas de difícil control y acceso, operación en la que además se desperdicia o derrama un volumen importante de hidrocarburos.

“En síntesis, al valor de los hidrocarburos y sus derivados hurtados que, se reitera, utilizan los terroristas para financiarse (ver anexos 1, 2 y 13), se añaden los costos por concepto de:

- i. Perjuicios, muchas veces intasables, al ecosistema de las zonas donde se hurta el combustible y a las fuentes hídricas de las que dependen las comunidades aledañas;
- ii. Los costos que demanda la reparación de los sistemas de transporte;
- iii. La pérdida, para las entidades territoriales, de ingresos que se hubieran causado sobre los hidrocarburos hurtados (impuesto global, IVA, sobretasa a la gasolina)
- iv. Pérdidas de regalías para municipios ubicados en la red de transporte, distribución y comercialización de hidrocarburos.

“Llama la atención que, no obstante la disminución en el tráfico en las carreteras colombianas por la precaria situación de orden público, que ha disminuido el consumo de combustible para el transporte (principalmente intermunicipal), los volúmenes de hidrocarburos y sus derivados hurtados se incrementan en forma exponencial, lo que lleva a concluir que un alto porcentaje de los mismos está siendo destinado como precursor químico del narcotráfico, según se expone a continuación.

“De acuerdo con la información suministrada por la Dirección Antinarcóticos de la Policía

Nacional, en Colombia se cultivan cerca de 138.930 hectáreas de coca, con un rendimiento de 6.4 kilos de cocaína por hectárea.

“Considerando que se requieren cerca de 20 galones de gasolina o nafta para la refinación de un kilo de cocaína y que, según estimativos de las Autoridades Antinarcóticos, en Colombia se producen no menos de 869.000 kilos de cocaína anuales, ello determina que quienes están vinculados a este ilícito utilicen mínimo 415.000 barriles de gasolina o nafta al año.

“En este sentido, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con estimativos a septiembre 09 de 2002 provenientes de la Dirección Central de Policía Judicial, Area Delitos contra el Patrimonio Económico, Grupo Hidrocarburos, la composición de la estructura de ingresos de los grupos terroristas por concepto de narcotráfico se estructura de tal manera que el 70% de los recursos las guerrillas, y el 30% de los recursos de las AUC se originan en la actividad ilícita del narcotráfico.

#### 1. c) Contrabando de hidrocarburos

“El Estado colombiano ha dejado de percibir alrededor 169 millones de dólares entre el año 2001 y el primer semestre del año 2002, con ocasión del contrabando de hidrocarburos y sus derivados.

“Además, cabe destacar que las medidas consagradas en la legislación ordinaria, anterior al decreto de conmoción interior sub-examine no permitieron la judicialización ni siquiera del 1% de los delincuentes detenidos como quiera que las cuantías exigidas en el tipo penal respectivo, impedían la concreción de responsabilidad, por tratarse de un ilícito que generalmente se comete en forma fraccionada.

“Los informes de Inteligencia Policial disponibles ( ver anexo 4) permiten concluir que la comercialización directa de la gasolina de contrabando como combustible automotor en los departamentos de la Guajira, Arauca, Norte de Santander, Santander, Magdalena, Cesar, entre otros, está siendo controlada y constituye la base de la estructura financiera de dos grupos de las FARC, un frente del ELN, y diversos grupos de autodefensas y paramilitar asentados en la zona.” (Resalta la Corte.)

72 A esta realidad de ineficacia de los mecanismos jurídicos ordinarios para perseguir este tipo de delincuencia se referían las justificaciones contenidas en los numerales 10 y 15 de la parte de consideraciones del Decreto bajo examen.

73 Cf. Ver anexo 1, Intervención de ECOPETROL, folio 300

74 A este hecho se refería el considerando contenido en el inciso 4° de la parte considerativa del Decreto 1900 de 2002, que decía así: “Que en el año 2001 y en lo que va corrido del año 2002, con ocasión de las actividades de hurto y contrabando de hidrocarburos y sus derivados, el Estado colombiano ha dejado de obtener ingresos fiscales multimillonarios, por la no percepción de los impuestos al valor agregado, el impuesto global a los combustibles y la sobretasa a los combustibles;”

75 El inciso 5° de la parte considerativa del Decreto 1900 de 2002 indicaba que en el período 2001-2002 con ocasión del hurto de hidrocarburos “el Estado colombiano ha perdido cerca de US\$148.000.000 correspondientes al valor de los hidrocarburos hurtados más los impuestos que sobre ese monto habría de recibir; además, Ecopetrol ha debido asumir sobrecostos por el daño de ductos por valor de US \$ 9.000.000;”

76 A este hecho se refería el considerando contenido en el inciso 6° de la parte considerativa del Decreto 1900 de 2002, que decía: “Que como consecuencia del contrabando de hidrocarburos y sus derivados el Estado colombiano ha dejado de recibir US\$169.000.000.”

77 A este incremento se refería el inciso 7° de la parte considerativa del Decreto cuando expresaba: “El costo de esta criminalidad incontrolada se ha incrementado en un 30% en el 2002 con respecto al año 2001.”

78 A ella se refería concretamente la afirmación contenida en el inciso 8° de la parte considerativa del Decreto, según la cual “Los perjuicios y los riesgos por la contaminación ambiental son de valor incalculable.”

79 Cf. Cuaderno principal del expediente, folio 272.

80 Se refiere concretamente a los delitos que se reprimen en la parte normativa del Decreto 1900 de 2002, es decir a todos aquellos relacionados con los hidrocarburos.

81 En la motivación del Decreto 1900 de 2002 se precisa cuantitativamente el incremento de esta criminalidad, indicando particularizadamente lo siguiente.

-“Que en el mismo período y con ocasión del hurto, de hidrocarburos, el Estado colombiano ha perdido cerca de US\$148.000.000 correspondientes al valor de los hidrocarburos hurtados más los impuestos que sobre ese monto habría de recibir; además, Ecopetrol ha debido asumir sobrecostos por el daño de ductos por valor de US \$ 9.000.000;

-“Que como consecuencia del contrabando de hidrocarburos y sus derivados el Estado colombiano ha dejado de recibir US\$169.000.000.

El costo de esta criminalidad incontrolada se ha incrementado en un 30% en el 2002 con respecto al año 2001.

“Los perjuicios y los riesgos por la contaminación ambiental son de valor incalculable.

“En su conjunto, los daños patrimoniales sufridos por este concepto por el Estado colombiano superan la cifra de un billón de pesos, superior a todo el presupuesto de la rama judicial en un año;

82 Los marcadores son sustancias químicas que permiten obtener información sobre la procedencia del combustible. Obviamente, el hurto de marcadores hace que, por su posterior agregación a combustibles de ilícita procedencia, como los provenientes del contrabando, no sea posible identificar estos últimos. El detector o revelador es la sustancia o equipo que permite detectar la presencia y/o concentración del “marcador” en el combustible.

83 E concepto del señor Procurador General de la Nación estimaba que no todas las regulaciones punitivas contenidas en la parte normativa del Decreto bajo examen guardaban una relación directa y específica de conexidad con las causas que llevaron al Gobierno a la expedición del Decreto 1837 de 2002, mediante el cual se declaró la conmoción interior en todo el territorio nacional. Las razones por las cuales la vista fiscal descartaba esta relación de conexidad partían de la base de que de los considerandos de este último Decreto se desprendería que el Gobierno solamente tendría facultades para combatir las conductas llevadas a cabo por grupos armados ilegales con fines terroristas o que configuraran los delitos de narcotráfico, secuestro o extorsión. En tal virtud, consideraba que el delito de daños a la infraestructura resultaría exequible pero solamente en relación con conductas imputables realizadas por miembros de grupos armados ilegales y cuando las mismas se ejecutaran con fines terroristas. No así respecto de los tipos penales de hurto y contrabando, pues a su juicio esas actividades no son llevadas a cabo por tales organizaciones delincuenciales sino por la delincuencia común y no se practican con fines terroristas, no violan los derechos humanos o las normas del Derecho Internacional Humanitario, ni desconocen el principio democrático. Por ello, su represión, decía el Ministerio Público, no constituía una medida punitiva que guardara relación directa e inmediata de conexidad con los motivos determinantes de la declaración del estado de conmoción interior.

84 Cf. Díaz Revorio Francisco Javier. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2001, pág 170.

85 Cf. Ibidem, pág 222.

86 Cf. incisos 10 y 15 de la parte motiva del Decreto

87 Artículo 11. "Necesidad. Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente."

88 Cf. Código de Procedimiento Penal, artículo 365

89 - Artículo 12 "Motivación de incompatibilidad. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente estado de excepción."

90 Cf. incisos 10 y 15 de la parte motiva del Decreto

91 Sentencia C-179 de 1994. M.P Alejandro Martínez Caballero

92 Artículo 13 "Proporcionalidad. Las medidas expedidas durante los estados de excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

93 Cf., entre otras, las sentencias C-037 de 1997, C-565 de 1993, C-070 de 1996, C-118 de 1996.

94 Las causales suspendidas eran las siguientes:

-Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados todos los requisitos para

suspender condicionalmente la ejecución de la pena.

-Cuando la infracción se hubiere realizado con exceso en cualquiera de las causales eximentes de responsabilidad.

-En los delitos contra el patrimonio económico, cuando el sindicado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito, o su valor e indemnice integralmente los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

-En los procesos que se adelanten por el delito de peculado, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y la indemnización de los perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

-Cuando la libertad provisional prevista en los numerales cuarto (4º) y quinto (5º) de este artículo se niegue por causas atribuibles al defensor, el funcionario judicial compulsará copias para que se investigue disciplinariamente al abogado que incurra en maniobras dilatorias.”

95 - Artículo 10o. “Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.”

96 Ley 137 de 1994, estatutaria sobre estados de excepción: Artículo 11. “Necesidad. Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente.”

97 Cf. incisos 10 y 15 de la parte motiva del Decreto

98 - Artículo 12 “Motivación de incompatibilidad. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente estado de excepción.”

99 “Artículo 11. Incautación de bienes. En la providencia de apertura de la investigación penal por hurto de hidrocarburos o sus derivados el fiscal ordenará el decomiso de los bienes que se hubieren utilizado en la comisión del delito, o que constituyeran su objeto.

“Una vez el fiscal haya determinado la procedencia ilícita de los hidrocarburos o sus derivados, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles ordenará su entrega a Ecopetrol, así como la de los demás bienes utilizados para la comisión del delito. Ecopetrol procederá a la venta de tales hidrocarburos o sus derivados en condiciones normales de mercado.

Ecopetrol entregará los demás bienes utilizados para la comisión del delito a una entidad fiduciaria, para su administración.

“Parágrafo. El procedimiento de contratación y el contrato de fiducia mercantil se registrará por el derecho privado y no por la Ley 80 de 1993.”

100 “Artículo 12. Participaciones en el valor de los bienes recuperados. Las sumas de dinero

que reciba Ecopetrol por la comercialización de hidrocarburos o sus derivados, previo descuento de los gastos y costos en que haya incurrido para el manejo de los bienes recuperados, se distribuirán así:

“El 5% a las autoridades competentes para que de acuerdo con sus funciones, paguen la recompensa a la persona o personas que hayan dado la información veraz y eficiente que condujo a la incautación.

“El 30% para el municipio donde la incautación se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

“El 65% restante ingresará a la tesorería de Ecopetrol, quien lo destinará a inversión en reparaciones, mantenimiento y protección de la infraestructura.

“Si no hubiere informantes con derecho a recompensa, el porcentaje respectivo se podrá entregar al municipio donde el decomiso se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

101 Respecto del producto de la comercialización de los hidrocarburos decomisados por hurto, el Decreto 1900 de 2002 no ordena la transferencia a una fiduciaria, como sí lo determina respecto del producto de la comercialización de hidrocarburos aprehendidos por la DIAN en el caso de contrabando.

102 El texto de este inciso es el siguiente: “El funcionario que esté conociendo de la actuación, de plano ordenará la devolución a quien sumariamente acredite ser dueño, poseedor o tenedor legítimo del objeto material o instrumentos del delito que sean de libre comercio, o demuestre tener un mejor derecho sobre los mismos.”

103 Dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia 10194 de abril 18 de 2002, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote: “[por economizarle esfuerzos al Estado en su labor de recaudación de las pruebas en el proceso penal] la rebaja de pena por confesión constituye uno de los antecedentes más importantes de las políticas de sometimiento a la justicia, como ocurrió a comienzos de los años 80, cuando ante la rampante violencia vivida en el país el Gobierno Nacional declaró el antes denominado estado de sitio y profirió en consecuencia una serie de normas con el ánimo de combatir la punibilidad, ofreciendo recompensas a quienes suministraran información sobre la existencia de grupos delincuenciales y rebajas de pena a quienes estando involucrados en la comisión de hechos punibles, dieran información que permitiera determinar la responsabilidad de otros partícipes o hacer efectiva su captura como sucedió con la Ley 2ª de 1984, que estableció rebajas de pena a las personas que ofrecieran pruebas necesarias sobre la responsabilidad de autores de ilícitos como el secuestro, la extorsión y el terrorismo.

Posteriormente, en la Ley 30 de 1986, se fijó en el artículo 45 una rebaja de pena para personas que estando involucradas en delitos de narcotráfico, colaboraran con la justicia; en diciembre del mismo año se expidió el Decreto 3673, en donde por primera vez se consagró una rebaja de pena para quien fuera de los casos de flagrancia confesara la comisión del delito en su primera versión, la cual era mayor si de ella se desprendía la condena de otro

responsable, norma que fue recogida, más o menos en los mismos términos en el artículo 301 del Decreto 050 de 1987, más adelante en el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991, modificado a su vez por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993 y actualmente en el 283 de la Ley 600 de 2000.” (el subrayado es nuestro) (En esa ocasión la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia estudiada porque estimó que si bien el sindicato había confesado, esto no había sido determinante para la determinación de la verdad real. La confesión acarreaba un beneficio penal únicamente en la medida en que fuera el fundamento principal de la sentencia.)

104 Dijo la Corte Constitucional en sentencia C-067 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell: “La legislación de emergencia, convertida a menudo en permanente, recurrentemente ha apelado al otorgamiento de recompensas o gratificaciones por información eficaz que conduzca a la identificación de los autores o partícipes de hechos ilícitos, al esclarecimiento de los hechos o circunstancias bajo los cuales éstos ocurrieron o a la localización, ubicación o recuperación de bienes vinculados a los mismos. (Decretos 139/87, inciso 2° y 1199/87, art. 1o., este último declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia según sentencia 111/87 y convertido en legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2271/91, 180/88, art. 38, 99/91, art. 64, adoptado como legislación permanente por el art. 4o. del Decreto Extraordinario 2271/91)”(el subrayado es nuestro)

105 “Ley 282 de 1996

por la cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones.

Artículo 13. Recompensa.

Las autoridades competentes podrán reconocer el pago de recompensas monetarias a la persona que, sin haber participado en el delito, suministre información eficaz que permita la identificación y ubicación de los autores o partícipes de un delito de secuestro o extorsión, o la ubicación del lugar en donde se encuentra un secuestrado o víctima de atentado contra la libertad personal.

La autoridad que reciba la información deberá constatar la veracidad, utilidad y eficacia de la misma y enviar la certificación correspondiente al funcionario competente para que se proceda al pago. El Gobierno Nacional reglamentará el contenido de la certificación y los requisitos para su otorgamiento.(...)”

106 Ver sentencia C-052/93, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein (En esta ocasión la Corte encontró ajustado a la constitución un decreto dictado dentro de un estado de conmoción interior que establecía un beneficio de no sometimiento a investigación ni acusación por los hechos en relación con los cuales la persona rindiera testimonio en un proceso adelantado por los jueces regionales. Según esta Corporación, el Estado estaba facultado para fijar este tipo de beneficios dentro de su política criminal con el fin de esclarecer los hechos punibles que por su grave naturaleza eran de competencia de los jueces regionales. Además, esta disposición también era respetuosa del principio constitucional de no incriminación)

107 Ver sentencia T-561/93, M.P. Jorge Arango Mejía (En esta ocasión la mayoría de la Sala

de Revisión no concedió la tutela por estimar que el hecho de publicar carteles y difundir publicidad para la captura de presuntos delincuentes no contrariaba el derecho al buen nombre de las personas buscadas por el Estado a través de esos medios, puesto que el buen nombre era producto de la conducta del individuo y en la mayoría de los casos era de público conocimiento el comportamiento contrario a derecho de estas personas. No obstante, se dejó claro que siempre se debería precisar que al no existir sentencia condenatoria, la condición jurídica no era la de delincuentes, sino la de presuntos delincuentes.)

108 Ver sentencia C-067/96, M.P. Antonio Barrera Carbonell (En esta ocasión la Corte estudió la constitucionalidad del decreto 1901 del 2 de noviembre de 1995 “por el cual se dictan normas en materia de orden público en todo el territorio nacional” dictado en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior. El artículo 7º con base en el cual se hicieron las consideraciones citadas consagraba: “ Las autoridades competentes podrán conceder recompensas monetarias a la persona que sin haber participado en la comisión del delito suministre a la autoridad información eficaz que permita la identificación y ubicación de los autores o partícipes de los delitos de competencia de los jueces regionales, o de bienes destinados a su comisión o que provengan de su ejecución. La recompensa a informante se otorgará de comprobarse el resultado y la eficacia de la información. Esta última deberá ser certificada por el fiscal competente. En ningún caso procederán las recompensas por informes suministrados por el perjudicado directo de la infracción.”. El artículo fue encontrado exequible.)

109 “Artículo 13. Bienes aprehendidos por la DIAN. Los hidrocarburos o sus derivados aprehendidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como de contrabando, serán transferidos a Ecopetrol a título de comodato sin que se cause impuesto alguno. La transferencia a Ecopetrol de estos bienes por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá hacerse, sin perjuicio de que el proceso aduanero de definición de la situación jurídica de la mercancía no haya terminado.

“Ecopetrol comercializará estos bienes dentro o fuera del territorio nacional, previa revisión del cumplimiento de las normas técnicas de calidad.

“Las sumas de dinero que reciba Ecopetrol con ocasión de la aprehensión de hidrocarburos o sus derivados, por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se podrán distribuir, previo descuento de los gastos y costos en que haya incurrido Ecopetrol para el manejo de estos bienes de la siguiente manera:

“El 5% para que las autoridades competentes paguen la recompensa a la persona o personas que hayan dado la información veraz y eficiente que condujo a la aprehensión.

“El 40% se transferirá al municipio donde la aprehensión se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.

“El 55% restante será entregado por Ecopetrol, en hidrocarburos o sus derivados, con cargo al patrimonio autónomo a que se refiere el artículo 11 del presente decreto, a la Fuerza Pública o al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, teniendo en cuenta la autoridad que participó en la aprehensión.

“Si no hubiere informantes con derecho a recompensa, el porcentaje respectivo se podrá entregar al municipio donde la aprehensión se produjo, con destino exclusivo a inversión social en educación y saneamiento básico, en proyectos contemplados en su plan de desarrollo.”

110 Código Civil, artículo 2219: “El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo”

Código Civil, artículo 2220: “Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

Constituye también precaria (sic) la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.”

111 Ley 681 de 2001, artículo 19, Parágrafo 5°. “Prohíbese la producción, importación, comercialización, distribución, venta y consumo de la gasolina automotor con plomo en el territorio nacional, exceptuando la zona atendida actualmente por la refinería de Orito, Putumayo, previa reglamentación que hará el Gobierno.

112 “Artículo 14. El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación y suspende por todo el tiempo que estuviere vigente, el artículo 357 del Código Penal en lo relacionado con energía y combustibles.”

113 “Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles. El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.”

114 Sentencia C-179 de 1994.

115 Ley 137 de 1994, art. 10.

116 Esto también podría aducirse a favor de la conexidad de las medidas.

117 Sentencia C-179 de 1994. M.P Carlos Gaviria Díaz.

118 - Artículo 12 “Motivación de incompatibilidad. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente estado de excepción.”