



Radicación: 2020210708-2-000

Fecha: 2020-11-30 11:23 Proceso: 2020210708 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

1.1

Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2020

Doctora:

AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO

Secretaria General

Comisión Primera Constitucional Permanente de Cámara de Representantes

comision.primer@camara.gov.co

Carrera 7 No. 8-68 segundo piso.

Teléfono: 3904050 ext 4289

Bogotá D.C.

Asunto: Comentarios al Proyecto de Ley *“Por medio del cual se crea el delito de Fracking en la Ley 599 del 2000”*.

Respetada doctora Amparo Yaneth:

En atención al proyecto de Ley del asunto, presentado a la Honorable Cámara de Representantes el día 20 de julio del presente año, nos permitimos dar los siguientes comentarios, previa revisión de la Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales y de la Oficina Asesora Jurídica de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en el marco de sus competencias legales, especialmente la prevista en el numeral 8 del artículo 6 del Decreto 376 de 2020:

No sobra manifestar que, esta entidad estará atenta al desarrollo del mencionado proyecto y estará presta a responder las inquietudes que sobre el particular le surjan al Honorable Congreso de la República.

I. CONSIDERACIONES JURÍDICAS FRENTE AL PROYECTO DE LEY

A. Política Criminal.

Para realizar un análisis de la conveniencia jurídica del proyecto de ley objeto del presente pronunciamiento, dada la materia que el mismo pretende regular, resulta necesario realizar un análisis del concepto que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como *“política criminal”*.⁽¹⁾

¹ En la sentencia C-646 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional hizo la siguiente caracterización del concepto de política criminal: *“Es esta el conjunto de respuesta que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio”*.



Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-646 de 2001 hizo la siguiente caracterización del concepto de política criminal:

“Es esta el conjunto de respuesta que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variable índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alentar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente puede ser administrativas cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”. (se subrayó).

De lo anterior se colige que el concepto de política criminal no se circunscribe exclusivamente al ámbito de la represión penal, esto es, al delito y la pena. Por el contrario, éste comporta un conjunto de estrategias diseñadas por el aparato estatal para enfrentar fenómenos que son considerados como causantes de perjuicio social, y la creación o reforma de tipos penales es apenas una, de la variedad de respuestas que conforman la política criminal de un estado ⁽²⁾.

B. Competencia.

En virtud de la cláusula general de competencia normativa que le corresponde al Congreso de la República, derivada de los artículos 114 y 150 de la Constitución, este órgano dispone de

bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variable índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alentar a las autoridades cerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente puede ser administrativas cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”.

² Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales y Teoría General. Sexta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., pág.198.



la potestad de desarrollar los mandatos superiores a través de la expedición de disposiciones legales, lo que incluye la facultad de desarrollar las políticas públicas, entre ellas el diseño de la política criminal del Estado ⁽³⁾, lo que comporta el análisis de la diferentes respuestas frente *“a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social”* y de ser absolutamente necesario, adoptar la respuesta jurídica mediante la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, la naturaleza y el monto de las sanciones y el procedimiento a través del cual se imponen y ejecutan.

Y es allí, con fundamento en esta atribución que el órgano legislativo tiene en materia penal una competencia exclusiva y amplia que encuentra pleno respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior). Con base en esta potestad, el legislador en materia penal puede crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones a las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social.⁴

C. Límites Constitucionales.

Esta potestad legislativa, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho no resulta ser ilimitada, toda vez que, el ejercicio de la misma implica la expresión del ejercicio del poder público, materializado en el ius puniendi⁵. En cuanto al libre margen de configuración del Legislador en materia penal, en la sentencia C-365 de 2012, nuestro tribunal constitucional, sistematizó estos límites constitucionales de la siguiente manera:

1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: El derecho penal implica valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección, las

³ Sobre el particular puede consultarse Sentencias C-070 de 1996, C-592 de 1998, C-551 de 2001, C-420 de 2002, C-034 de 2005, C-636 de 2009, C-334 de 2013 y C-368 de 2014.

⁴ En este punto la Corte Constitucional en sentencia C-259 de 2016 dispuso: *“(…) nótese cómo en un Estado democrático de derecho se considera que la definición de aquellos comportamientos que deben ser entendidos como infracciones penales corresponde al legislador. En efecto, dada su condición de órgano de representación popular es en su interior y mediante el desarrollo de un proceso de formación legislativa, en donde se construyen y promulgan las normas que regulan la conducta de los habitantes y se disponen aquellas actuaciones que tienen la entidad de comprometer la realización del derecho a la libertad personal. Es por ello que, más allá de la cláusula general de competencia que tiene el Congreso para expedir leyes, a la cual se refiere los artículos 114 y 150 del Texto Superior, su participación obligatoria en la fijación de los actos u omisiones de mayor importancia que afectan a la sociedad, aparece en el artículo 28 de la Carta, al establecer el principio de reserva legal en materia punitiva. Al respecto, la norma en cita dispone que: “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”*

⁵ *“El ius puniendi aparece como uno de los instrumentos que configuran el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado constitucional para reaccionar ante el fenómeno criminal. Se trata del brazo fuerte de la ley[29] que le permite al Estado intervenir legítimamente y de manera intensa sobre determinados bienes jurídicos como la libertad, frente a comportamientos considerados por la sociedad como reprochables y que merecen una sanción punible, de ahí que su utilización deba hacerse como ultima ratio y bajo estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad.”* Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2018.



conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para atribuir responsabilidad al sujeto activo y el quantum de la sanción aplicable.

2. **Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal:** *En virtud de este principio, el derecho penal se enmarca dentro del principio de mínima intervención, conforme al cual el ius puniendi debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. No existe obligación para el Estado de sancionar penalmente todas las conductas reprochables, de tal suerte que:*

“(...) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”⁽⁶⁾

3. **Principio de legalidad:** *El deber de observar el principio de legalidad tiene 3 dimensiones: i) reserva de ley en sentido material, puesto que la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del Legislador; ii) la definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca; y iii) la irretroactividad de las leyes penales, salvo su aplicación favorable.*
4. **Principio de culpabilidad:** *Conforme al artículo 29 Superior, el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo que implica que de acuerdo con el postulado del Estado Social de Derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.”.*
5. **Principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal:** *De acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales de las personas como la libertad y el debido proceso. En ese orden de ideas, la Corte ha manifestado que, si bien existe un margen amplio de configuración normativa del Legislador, la misma se encuentra limitada particularmente por los principios de racionalidad y proporcionalidad. En ese sentido:*

“Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención del delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que, si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de

⁶ Corte Constitucional sentencias C-636 de 2009 y C-742 de 2012.



Radicación: 2020210708-2-000

Fecha: 2020-11-30 11:23 Proceso: 2020210708 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales”⁷.

6. Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales: *Las cuales deben ser observadas al momento de la redacción de las normas penales, especialmente, las reglas que contienen garantías para los derechos fundamentales y que la jurisprudencia de la Corte ha establecido en su labor de interpretación del texto Superior.*

II. OBSERVACIONES.

En relación con los postulados I, y II, no se observa que la ponencia materia de estudio realice un análisis detallado respecto de los límites constitucionales (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del legislador principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal), en el cual se determine que la creación del nuevo tipo penal no transgrede sus postulados.

En relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la Corte Constitucional estableció que “(...) la sanción punitiva de un comportamiento parte de la base de identificar cuáles son en realidad los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el nivel de gravedad del daño que dé lugar a la aplicación del ius puniendi y el quantum de la pena que debe aplicarse. En este contexto, la opción de criminalizar una acción u omisión implica que el Congreso de la República ha considerado que “para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal (CP art. 28). Sin embargo, en el Estado Social de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria”⁽⁸⁾

Parafraseando a la Corte, este escenario supone que el elemento común que describe a cualquier sistema de imputación penal es el contenido de injusticia que se le atribuye a la conducta punible, o en otras palabras, su antijuridicidad. Ella ha sido entendida no sólo como la existencia de una prohibición o mandato contenido en la ley penal que califica a un determinado comportamiento como delito (antijuridicidad formal), sino también como la necesidad de que la agresión realizada suponga una afectación de un bien jurídico que impacte en los derechos de los otros o en la posibilidad de realizar algunos de los valores o principios que emanan de la Carta (antijuridicidad material)⁹. De esta manera, en palabras de la Corte “(...) *la antijuridicidad es susceptible de valoración por el legislador, en cuanto a la*

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-247 de 2004

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-387 de 2014.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-259 de 2016.





respuesta que se debe brindar por el derecho penal. Así, por ejemplo, cuando el daño social es de menor entidad, la conducta puede ser sancionada a través de las contravenciones y no de los delitos”¹⁰

Sumado a lo anterior, se tiene que el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario¹¹, fragmentario¹² y de ultima ratio¹³ del derecho penal, parte de la idea que el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal sólo debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado.

Para el caso del proyecto de Ley en estudio en la justificación no se ha establecido el hecho de que para la salvaguarda del medio ambiente en relación con la eventual lesión o puesta en peligro por la práctica del fracking hayan fallado, o sean ineficaces medidas como las señaladas por la Corte Constitucional en sentencia citada en el literal A:

- Promoción del Control social. *“como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alentar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito”.*
- Medidas de índole económica” *como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables”*
- Medidas de Sensibilización cultural. *“como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social”.*

A lo anterior habría que agregar otros mecanismos como el control jurisdiccional, de lo cual tenemos como ejemplo el fallo del Consejo de Estado que suspendió provisionalmente el Decreto 3004 de 2013 por el cual se establecen los criterios y procedimientos para la

¹⁰ Ibidem.

¹¹ En virtud del carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico, el Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

¹² El carácter fragmentario del derecho penal se predica, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos

¹³ Sobre el derecho penal como ultima ratio: *“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.”* Corte Constitucional C-365 de 2012



exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, así como la Resolución 90341 de 2014 del Ministerio de Minas y Energía.

Sin la demostración expresa de la ineficacia de otros mecanismos ordinarios de índole administrativo o inclusive judicial no punitivo, como los señalados no se acredita que la penalización del fracking es la “ultima ratio”, la última instancia que tiene el Estado para proteger al medio ambiente de dicha actividad (*en el caso que se demostrare incontrovertiblemente su peligrosidad).

Al respecto, es necesario indicar que, en octubre de 2018, el Gobierno nacional designó una Comisión Interdisciplinaria Independiente para determinar la posible realización de la exploración de yacimientos no convencionales en roca generadora mediante la utilización de la técnica de fracturamiento hidráulico multietapa con perforación horizontal, en forma segura, responsable y sostenible para las comunidades y el medio ambiente.

Posteriormente, en abril de 2019, la Comisión Interdisciplinaria Independiente rindió el “Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos, sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal”.

La Comisión Interdisciplinaria Independiente recomendó realizar Proyectos Piloto Integrales de Investigación, indicando que, “(...) *en algunos contratos vigentes en Colombia para exploración y producción de YRG la ANH ha aprobado la perforación de pozos horizontales para hacer fracturamiento hidráulico de prueba durante la etapa exploratoria. Esta comisión recomienda darles tratamiento de Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII, que recomendamos caracterizar como experimentos de naturaleza científica y técnica sujetos a las más estrictas condiciones de diseño, vigilancia, monitoreo y control y, por tanto, de naturaleza temporal. Deberían poder ser suspendidos en cualquier momento por orden de la autoridad competente y, por ende, tener efectos potenciales limitados en su alcance y en el tiempo.*”

Dicho informe recoge las principales conclusiones y recomendaciones de la Comisión Interdisciplinaria Independiente, cuyos integrantes escucharon las preocupaciones de comunidades de algunos territorios con potencial de hidrocarburos en yacimientos no convencionales.

Posteriormente, el Consejo de Estado mediante auto del 17 de septiembre del año 2019, en el marco del desarrollo del proceso de nulidad simple contra el Decreto 3004 de 2013 y la Resolución 90341 de 2014 estableció que, “(...) *si el Gobierno Nacional tiene interés en investigar, dilucidar y explorar acerca de la viabilidad del procedimiento de fracturación hidráulica para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales (YNC), podría adelantar los denominados Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPII), contenidos en el Capítulo (14) del Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos y sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal, presentado por la Comisión Interdisciplinaria Independiente que él*



Radicación: 2020210708-2-000

Fecha: 2020-11-30 11:23 Proceso: 2020210708 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remite: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

mismo convocó, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las etapas fijadas en el mismo”.

El Gobierno Nacional en cumplimiento del fallo del Consejo de Estado atrás aludido y atendiendo a las recomendaciones de la Comisión Interdisciplinaria Independiente de Expertos, expidió el Decreto 328 de 2020 *“Por el cual se fijan lineamientos para adelantar Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII sobre Yacimientos No Convencionales -YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal-FH-PH, y se dictan otras disposiciones.”*

Por lo expuesto, se considera que la creación del tipo penal “fracking” penalizando la actividad o técnica de producción para yacimientos no convencionales, (actualmente suspendida como se anotó anteriormente) desconoce el concepto de política criminal y los límites constitucionales del legislador en materia de configuración legislativa de carácter penal analizados anteriormente, toda vez que, se criminalizan conductas que a juicio del autor no debería autorizar o permitir el Estado o simplemente no se deban realizar dentro del país, pero no se analiza, bajo un test riguroso de proporcionalidad como lo impone la naturaleza de la norma, la necesidad de aplicar el derecho penal a la conducta considerada como ilícita en el proyecto de Ley.

Quedamos atentos a cualquier requerimiento adicional sobre este tema tan importante para el desarrollo sostenible del país, que es el objeto misional de esta Autoridad.

Cordialmente,



RODRIGO SUAREZ CASTAÑO
Director General

Medio de Envío: Correo Electrónico

Revisó: --JOSE VICENTE AZUERO GONZALEZ (Contratista)
JORGE LUIS GOMEZ CURE(E) (Profesional Especializado con funciones de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica)
DANIEL FELIPE DIEZ FLOREZ (Abogado)
JOSE VICENTE AZUERO GONZALEZ (Contratista)
JOSE VICENTE AZUERO GONZALEZ (Contratista)
DANIEL RICARDO PÁEZ DELGADO (Jefe Oficina Asesora Jurídica)
Proyectó: DANIEL FELIPE DIEZ FLOREZ

Fecha: xxxx

Archívese en: Indique aquí el número o nombre del expediente

Nota: Este es un documento electrónico generado desde los Sistemas de Información de la ANLA. El original reposa en los archivos digitales de la Entidad.

