

Al responder cite este número
OFI16-0031568-DCP-3200

Bogotá D.C., 18 de noviembre de 2016

Doctor
GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL
Secretario General
Comisión Primera de Senado
Congreso de la República
Carrera 7 No. 8 - 68
Ciudad

SENADO DE LA REPÚBLICA
Dirección de Bienes y Servicios
Correspondencia
Recepción de Correspondencia Externa

21 NOV 2016
34280

Redicado No. _____
Hora: _____

Asunto: Conceptos Consejo Superior de Política Criminal –
Proyectos de Ley N°: 137 de 2016 S y 092 de 2016 S

Respetado Doctor Giraldo,

De manera atenta, me permito remitirle los Conceptos a los proyectos de ley que a continuación se relacionan, aprobados por el Consejo Superior de Política Criminal en día 15 de noviembre.

- Concepto de los Proyectos de Ley No. 111 de 2016 –Cámara “por medio de la cual se adoptan medidas tendientes a fortalecer la lucha contra la extracción ilícita de minerales”; y **No. 137 de 2016 –Senado** “por medio de la cual se establecen mecanismos efectivos para evitar la explotación ilícita de yacimientos mineros y/o (sic) otros materiales y se dictan otras disposiciones”.
- Concepto Proyecto de Ley 092 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado.

De igual manera, agradezco circular el respectivo concepto a los autores, ponentes y congresistas integrantes de la célula legislativa para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordialmente,

MARCELA ABADÍA CUBILLOS
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Anexos: Concepto CSPC No. PL 16.18: 137 de 2016 –Senado (explotación ilícita de yacimientos mineros), nueve (9) folios
Concepto CSPC No. 16.20: PL 092 de 2016 Senado (abigeato). Cuatro (4) folios

Elaboró: Nadia Lizarazo Vargas
Revisó y Aprobó: Marcela Abadía Cubillos

TRD-3200-720-72

21-11-2016
4:40 P.M.
Andrés H.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio a los Proyectos de Ley No. 111 de 2016 –Cámara “por medio de la cual se adoptan medidas tendientes a fortalecer la lucha contra la extracción ilícita de minerales”; y No. 137 de 2016 –Senado “por medio de la cual se establecen mecanismos efectivos para evitar la explotación ilícita de yacimientos mineros y/o (sic) otros materiales y se dictan otras disposiciones”.

Proyecto de Ley 111 de 2016 –Cámara	
Autor	Edward Rodríguez, Santiago Valencia, Óscar Darío Pérez y otros honorables Representantes
Fecha de presentación	Agosto 17 de 2016
Estado actual	Pendiente de informe de ponencia para primer debate
Proyecto de Ley 137 de 2016 –Senado	
Autor	Juan Diego Gómez Jiménez, Luis Emilio Sierra Grajales, Juan Manuel Corzo Román, Luis Fernando Duque García, Nora García Burgos, Teresita García Romero, German Blanco Álvarez, Juan Carlos García, Lina María Barrera, Mauricio Gómez Amín, Ana Cristina Paz Cardona, Sandra Liliana Ortiz, Eloy Chichi Quintero Romero, Armando Zarabain D'Arce Carlos Abraham Jiménez y Jack Housni Jaller
Fecha de presentación	Septiembre 06 de 2016
Estado actual	Pendiente de informe de ponencia para primer debate
Referencia	Concepto Número 16.18

1

El presente concepto se realizó a partir de los proyectos de ley N° 111 de 2016 Cámara y 137 de 2016 Senado, publicados respectivamente en las Gacetas de Congreso N° 632 de 2016 del 19 de agosto de 2016, y N° 732 del 9 de septiembre de 2016. El examen y la discusión en torno a la propuesta se desarrollaron en la sesión ordinaria del Comité Técnico de este Consejo, la cual tuvo lugar el día 6 de octubre de 2016.

1. Objeto y contenido de los proyectos de ley

Son dos propuestas de ley dirigidas a la formulación de medidas que buscan la lucha contra la extracción ilícita de minerales, con alcances y articulado semejante en algunos aspectos.

El primero de los proyectos, el 111 de 2016 Cámara, consta de 9 artículos, que además buscan regular el uso del mercurio, mientras que el segundo, el 137 de 2016 Senado, lo conforman 18 artículos.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

En el Proyecto 111, el objeto de la propuesta es *“otorgar herramientas jurídicas a las diferentes autoridades del Estado con la finalidad de perseguir la extracción ilícita de minerales, así como eliminar la producción, uso, transporte, almacenamiento y comercialización de químicos como el zinc, bórax, cianuro y mercurio, utilizados en el proceso de exploración, explotación y extracción de minerales”*. Esta finalidad de persecución, en criterio del Consejo Superior de Política Criminal, debería delimitarse a fin de brindar protección a los mineros pequeños, informales y de subsistencia, quienes deben ser cobijados por programas de formalización de su actividad y de generación de mecanismos de seguridad para la extracción de minerales, así como de uso adecuado de los distintos ingredientes que se utilizan en dicha actividad.

El artículo 1° del Proyecto 137 define como uno de sus objetos *“facilitar el establecimiento de la conexidad [del delito de extracción ilícita de minerales y actividades relacionadas] con otros tipos penales”*, lo que en principio no sería propio del ámbito de una ley, en la medida en que la conexidad es un fenómeno procesal que, por consiguiente, depende de la forma como se adelanta una investigación penal y de los criterios que las autoridades judiciales hayan probado y decantado sobre la naturaleza de las conductas punibles y sus relaciones con otras actividades igualmente criminales.

2

A continuación se observa con mayor detalle las disposiciones de los proyectos de ley mediante las cuales se las desarrollo a los objetivos planteados.

2. Disposiciones normativas en materia penal

En términos generales, los proyectos de ley estudiados contemplan disposiciones que pretenden modificar los siguientes artículos del Código Penal:

Vigente	PL.111 – 2016	PL.137 – 2016
164. Destrucción del medio ambiente		164. Destrucción del medio ambiente
323. Lavado de activos	323. Lavado de activos	323. Lavado de activos
326. Testaferrato		326. Testaferrato
328. Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables		328. Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables
331. Daños en los recursos naturales	331. Daños en los recursos naturales	331. Daños en los recursos naturales
	331A. Ecocidio	
332. Contaminación ambiental		332. Contaminación ambiental
332A. Contaminación ambiental por residuos peligrosos		332A. Contaminación ambiental por residuos peligrosos
337. Invasión de áreas de especial importancia ecológica		337. Invasión de áreas de especial importancia ecológica

338. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales	338. Exploración o explotación ilícita de minerales y otros materiales	338. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales y actividades derivadas
--	--	--

Así, se cuenta con dos proyectos de ley que buscan la modificación de nueve artículos del Código Penal y, en el caso del Proyecto 111, la inclusión de un nuevo tipo penal. A continuación se presentan las modificaciones propuestas por cada uno de los proyectos de ley, así como aquellas en las que coinciden.

2.1. Modificaciones propuestas por el Proyecto de ley 111 de 2016 – Cámara

En el artículo 3° del Proyecto 111 de 2016 pretende introducir un nuevo tipo penal a través del artículo 331A de la Ley 599, con el siguiente texto:

Artículo 3°. Adiciónese el artículo 331 A de la Ley 599 de 2000 que quedará así:
Artículo 331 A. Ecocidio. El que con incumplimiento de la normatividad existente ocasione daño extenso, destrucción parcial o total, o la pérdida de uno o más ecosistemas de un territorio específico, con grave afectación para la población de modo que el usufructo pacífico de los habitantes de dicho territorio quede severamente afectado, incurrirá en prisión de ocho (8) a doce (12) años y multa de trescientos (300) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se realice con fines terroristas.
2. La conducta se realice en parques naturales, zonas de reserva campesina, territorios ancestrales, áreas protegidas y/o de importancia ecológica.

Parágrafo. A la misma sanción estará sujeto el propietario de la maquinaria utilizada para perpetrar el acto y el representante legal de la empresa que ocasione la conducta a través de sus operadores.

Una primera observación se relaciona con el correcto uso del lenguaje, pues en el idioma castellano no está aceptada la palabra "ecocidio" y por esa razón no resulta adecuado utilizarla en el texto de una ley.

De fondo, sin embargo, la norma tiene mayores problemas. La propuesta acepta la producción de daño extenso, destrucción parcial o total, o la pérdida de uno o más ecosistemas, si las acciones que lo producen están amparadas por una normatividad existente, lo que resulta incompatible con la protección al bien jurídico, porque lo importante no es la obediencia a las regulaciones administrativas –no es un delito contra la administración pública– sino la preservación de los recursos naturales y, por consiguiente, su daño es el fundamento de la incriminación independientemente de las normas que pueden otorgar permiso para realizar un daño.

En este sentido, lo que procede es vincular a quien ha concedido el permiso para que se produzca el daño, cuando éste ha podido y debido evitarse de acuerdo con las condiciones propias de la actividad que generó el deterioro del ecosistema.

2.2. Modificaciones propuestas por el Proyecto de ley 137 de 2016 – Senado

En el artículo 3 del proyecto 137 de 2016 –Senado se pretende introducir una modificación al artículo 164 del Código Penal, aunque totalmente por fuera de la estructura del Código, en la medida en la que dicho artículo se inscribe dentro del Título II de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, Capítulo Único, siendo en consecuencia un delito que protege un bien jurídico diferente al del medio ambiente, que es en donde se pretende impactar a través de la regulación completa del proyecto.

Quizás la propuesta de reforma se haga porque se estima que la “Destrucción del medio ambiente” que allí se regula, se puede lograr tanto a través de actos relacionados estrechamente con un conflicto armado, como de acciones cumplidas a través de los que se denomina la minería ilegal; aun cuando esta premisa es cierta, no es correcto regular las acciones que se cumplen por fuera del conflicto armado (que en Colombia se conoce como minería criminal, atribuida a las organizaciones criminales) como si se tratase de conductas relacionadas con el enfrentamiento armado y propias de la violación de las leyes de la guerra, que son los requisitos esenciales que deben cumplir las conductas descritas en el Título II del Libro Segundo del Código Penal.

Esa inadecuada ubicación sistemática de las conductas de “minería criminal” tiene otro efecto que no se ha contemplado en la propuesta, y es el de dar tratamiento de combatientes a quienes se dedican a la minería ilegal y que, por consiguiente, deberían estar en el marco de conversaciones de paz o de cualquier proceso de superación del conflicto armado, con lo que se les concedería a los depredadores del ambiente, un estatus especial que conduciría a la posibilidad de darles un tratamiento diferencial beneficioso, a pesar del extenso daño causado al medio ambiente natural.

Por otra parte, en el artículo 5 del Proyecto de ley 137 de 2016 se amplía el tipo penal de testaferrato, para incluir dentro de las conductas relacionadas con él, la de “Explotación ilícita de yacimiento minero y/o otros materiales”. A propósito de esta modificación, se puede anotar que el legislador colombiano no ha conservado criterios uniformes para la tipificación de conductas que están estrechamente relacionadas o exigen políticas de reacción o prevención similares, pues mientras que en el delito de testaferrato se incluyen “el delito de narcotráfico y conexos”, “secuestro extorsivo, extorsión y conexos”, y con la modificación también la “explotación ilícita de yacimiento minero y/o otros materiales”, en el delito de

lavado de activos se habla de estos delitos y, además, de las “actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, [...] enriquecimiento ilícito, [...] rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, [...] delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir”.

En los artículos 6 y siguientes del Proyecto 137 se proponen varias reformas, aparentemente con el propósito de adecuar las normas al mayor perjuicio que causa la “explotación ilícita de yacimiento minero u otros materiales”, o bien, de permitir el logro del objetivo señalado en el artículo 1° de facilitar la conexidad con otros tipos penales. En este último intento la estrategia no parece adecuada, porque las reformas tienden a incrementar las penas de algunos hechos punibles (art. 328, *Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables*; art. 331, *Daños en los recursos naturales*, y art. 332, *Contaminación ambiental*) cuando se realice alguna de las conductas de “minería criminal”, de forma que se impide la conexidad de dichos delitos con el de explotación ilícita de yacimiento minero u otros materiales.

5

Valga anotar frente a estos aumentos, que no se refleja la estimada gravedad de la conducta en el incremento punitivo, pues si bien la conducta de explotación ilícita de yacimiento minero está sancionada con pena de 55 a 112 meses, cuando se convierte en una circunstancia de agravación punitiva para cualquiera de los delitos señalados, la sanción apenas se incrementa en 7 meses en el mínimo y 4 meses en el máximo, obviamente inferior al que resultaría de la aplicación de las reglas del concurso de hechos punibles, si se acudiera a esta forma de imputación de la conducta.

Los incrementos punitivos tampoco resultan acordes con la justificación del proyecto. Obsérvese, a este propósito, que en el artículo 6 se eleva la pena del delito de ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables de 48 a 55 meses, en el mínimo, y de 108 a 112 meses, en el máximo, siendo que las medidas que se propone adoptar están orientadas a fortalecer las normas para “permitir un mayor control a la extracción ilícita de minerales”, objetos que no son parte de la definición del delito previsto en el artículo 328 del Código Penal. Similar cosa sucede con la modificación de la pena para el delito de daños en los recursos naturales descrito en el artículo 331 del Código Penal. Por el contrario, la pena mínima para el delito de explotación ilícita de yacimiento minero se aumenta de 48 a 55 meses, pero la máxima se deja inalterada.

Otra inconsistencia se presenta en el Proyecto 137 de 2016, si se atiende al hecho de que alguna disposición suya se ha previsto solamente como parte de la reforma, sin analizar si efectivamente la modificación propuesta tiene alcances de alguna naturaleza. En efecto, en el artículo 6 del proyecto se busca modificar el artículo 328 del Código Penal para agravar la pena cuando el delito se cometa en concurso con la explotación ilícita de yacimiento minero, situación de imposible ocurrencia dado el objeto material del tipo penal (especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos) y los verbos rectores empleados en él (apropiar, introducir, explotar, transportar, mantener, traficar, comerciar, explorar, aprovechar y beneficiar), resultando en consecuencia la actividad de explotar ilícitamente un yacimiento minero poco relacionada con la conducta descrita en el artículo 328. En otros términos, puede anotarse la inconsistencia a través de la pregunta ¿por qué no se agrava la conducta cuando concurra con otro delito cualquiera, con el que tampoco tiene relación?

2.3. Propuestas que coinciden en modificaciones al Código penal

Los Proyectos de ley objeto de estudio coinciden en reformar tres artículos: art. 323. Lavado de activos; art. 331. Daños en los recursos naturales; y, art. 338. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.

6

Con relación al lavado de activos, ambas propuestas buscan que el fenómeno de la minería criminal sea un delito fuente. Respecto a esta idea, el Consejo Superior de Política Criminal considera que es una medida adecuada para combatir las finanzas de grupos de crimen organizado a partir de dos consecuencias: por un lado, ampliar las competencias de la Unidad de Información y Análisis Financiero – UAIF para que haga inteligencia financiera en ese sector de la economía, obligando a que personas jurídicas reporten operaciones sospechosas que deben permitir el incremento de probabilidades para poner al descubierto las finanzas de estructuras criminales representadas en diversos minerales¹.

Y por otro lado, en virtud de la autorización del art. 35 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, *“por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*, según el cual los informes de inteligencia financiera podrán ser utilizados por la Fiscalía General de la Nación como criterio orientador

¹ Es necesario anotar que mediante la Resolución 363 del 18 de noviembre de 2008 de la UAIF, las empresas exportadoras y/o importadoras de oro, las casas fundidoras de oro y a las sociedades de comercialización internacional que dentro de su actividad económica tengan la comercialización de oro y/o realicen operaciones de exportación y/o importación de oro, tendrán la obligación de reportar operaciones sospechosas. En consecuencia, esta medida en la que coinciden

en la indagación, genera una consecuencia que impactaría positivamente las labores de investigación penal y en extinción del derecho de dominio.

Se aclara que el lavado de activos y el testaferrato (que se propone modificar en el Proyecto 137 de 2016 –Senado) son comportamientos que se encuentran íntimamente relacionados, al punto que el segundo, con frecuencia, no es más que un mecanismo adoptado para el lavado de activos y, por consiguiente, dentro de una política criminal coherente, los delitos que se enuncien en cada uno de los tipos debería ser idéntica, pues de otra forma se deja por fuera de la sanción correspondiente a quien preste su nombre para disfrazar la propiedad de los activos, cuando dichos bienes hayan sido producto de la comisión de delitos que no solamente son similarmente graves, sino que son también comportamientos realizados por aparatos de criminalidad organizada. Bajo esta perspectiva, es recomendable que con ocasión de este proyecto de ley el legislador examine la coherencia de las dos disposiciones citadas y armonice sus contenidos.

Con relación a las modificaciones que se proponen al art. 331 *Daños en los recursos ambientales*, los Proyectos de ley estudiados difieren en los siguientes términos:

7

Vigente	PL.111 – 2016	PL.137 – 2016
Artículo 331. Daños en los recursos naturales. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.	Artículo 331. Daños en los recursos naturales. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de <u>cuatro (4) a nueve (9) años</u> y multa de ciento treinta y tres (133) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.	Artículo 331. Daños en los recursos naturales. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de <u>cincuenta y cinco (55) a ciento doce (112) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) mensuales legales vigentes.</u>
La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:	La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:	La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:
- Se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del Sistema Nacional, Regional y Local de las áreas especialmente protegidas.	- Se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del Sistema Nacional, Regional y Local de las áreas especialmente protegidas.	- Se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del Sistema Nacional, Regional y Local de las áreas especialmente protegidas.

- Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.	- Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.	- Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.
	- Cuando se afecten gravemente recursos naturales de los cuales dependa la subsistencia de la población.	- Cuando el daño sea provocado por la explotación ilícita de yacimiento minero y/o (sic) otros materiales.
	- Las acciones se realicen con fines terroristas.	
	- Se haya reincidido en la conducta.	

Con relación al cambio punitivo, el Proyecto 111 de 2016 solamente traduce en años la norma vigente (en meses); mientras que el Proyecto 137 propone un incremento de 7 meses en la mínima (de 48 a 55 meses) y uno de 4 meses en la máxima (de 108 a 112 meses), sin ningún tipo de fundamento que pueda rastrearse en la exposición de motivos, ni es acorde, como se dijo, con el objeto del Proyecto. Con relación a las circunstancias agravantes, tampoco se identifican las justificaciones detrás en ninguno de los dos Proyectos de ley.

8

Finalmente, respecto al art. 338 *Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales*, las propuestas difieren en los siguientes términos:

Vigente	PL.111 – 2016	PL.137 – 2016
Artículo 338. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.	Artículo 338. Exploración o explotación ilícita de minerales y otros materiales.	Artículo 338. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales y actividades derivadas.

<p>El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente <u>o contraviniendo la autorización administrativa correspondiente</u> explote, explore o extraiga <u>minerales, arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p>	<p>El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga, <u>transporte, acopie, beneficie o comercialice mineral y/o (sic) otros materiales tales como: arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de cincuenta y cinco (55) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p>
		<p><u>La pena prevista en el inciso anterior se aumentará entre una tercera parte y hasta la mitad cuando los recursos provenientes de dicha actividad se destinen a la financiación y fomento de los delitos contra la seguridad pública o contra el régimen constitucional y legal y cuando se adelante en zonas previstas por el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, como Zonas excluibles de la minería.</u></p>

9

Ambas reformas le apuntan al incremento punitivo del mínimo para que proceda la solicitud de medida de aseguramiento. En el caso del Proyecto 137 de 2016 – Senado, se propone incrementar el mínimo de la pena en solo 7 meses, pero también una reforma a la estructura del tipo penal, incluyendo los verbos rectores “transportar”, “acopiar”, “beneficiar” o “comercializar”. En principio esta modificación no presenta dificultades, en tanto que solamente amplía la regulación prevista. Sin embargo, se anota que puede cobijar a personas que no están relacionadas con la explotación y frente a quienes puede resultar injusta la pena (quien acopio, beneficia o comercializa el material) por la actividad que realizan.

En efecto, como ya se dijera en concepto anterior², la nueva redacción puede conducir a criminalizar la minería informal, la minería de subsistencia y la denominada microminería, porque en la norma propuesta se sanciona a quien sin permiso de la autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente (aquí se amplía la incriminación a quienes excedan la licencia concedida) beneficie, transporte o comercialice los minerales y otros productos, esto es, a quien realice alguna de las conductas descritas sobre minerales que se hayan extraído por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente.

Quiere ello decir que la pena se podrá aplicar a quien, por ejemplo, no siendo miembro de una organización criminal dedicada a la minería, realice una cualquiera del "Conjunto de operaciones empleadas para el tratamiento de minas y minerales por medios físicos y mecánicos con el fin de separar los componentes valiosos de los constituyentes no deseados con el uso de las diferencias en sus propiedades", de manera que bien puede ser judicializado quien apenas separa el mineral valioso de los demás minerales que lo rodean. A la misma pena puede ser condenado quien transporte un gramo de oro que ha sido extraído de la forma descrita en el artículo 338, con el agravante de que en estos casos ni siquiera se exige que el autor de la conducta conozca el origen ilegal del mineral.

10

3. Observaciones de política criminal a los Proyectos de ley

Una lectura integral de los dos Proyectos de ley arroja como conclusión que la intención en ambos es la persecución del fenómeno criminal relativo a la extracción de minerales en el marco de la lucha contra estructuras criminales que se lucran de él, que no la efectiva tutela del ambiente como bien jurídico. Y además, aun pretendiendo esa lucha, los Proyectos no resultan convenientes pues de la interpretación normativa se desprenden opciones perversas contra población vulnerable que tradicionalmente se dedica a la minería.

A continuación se presentan las principales observaciones del Consejo Superior de Política Criminal, a partir de las cuales se recomienda el archivo de las iniciativas y la conformación de un nuevo Proyecto de ley que de manera integral incorpore, a la lucha contra las finanzas de la criminalidad organizada, un fuerte componente de justicia restaurativa ambiental.

² Consejo Superior de Política Criminal, Concepto No. 16.09. *Estudio del Consejo Superior de Política Criminal a la Propuesta sin radicar del Proyecto de Ley "Por medio de la cual se establecen disposiciones para la lucha contra la minería ilegal y se dictan otras disposiciones" (Minería Ilegal)*. Disponible en:

<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/conceptos/09.%20CSPC%20-%20Propuesta%20sobre%20miner%C3%ADa%20ilegal.pdf>

3.1. Observaciones a la exposición de motivos

Las exposiciones de motivos que acompañan ambos Proyectos de ley son insuficientes para respaldar las medidas pretendidas. No solo se extraña el conocimiento empírico que permita comprender la necesidad de los Proyectos, sino que, en su forma, presentan información inconexa y de dudosa procedencia que resta certeza a las afirmaciones.

En el caso de la exposición de motivos del Proyecto de ley 111 de 2016 –Cámara, se resalta el esfuerzo del Legislador por señalar datos del Ministerio de Minas y Energía, de la Procuraduría General de la Nación, así como una recopilación de las normas que han sido adoptadas para la lucha contra la extracción ilícita de minerales; no obstante, a la hora de verificar la justificación a cada una de sus propuestas normativas, se apela a expresiones emotivas como “la importancia que ha cobrado en el mundo la protección de (sic) medio ambiente” para respaldar la creación del tipo penal de *Ecocidio*.

En la exposición de motivos del Proyecto de ley 137 de 2016 –Senado, se presentan muchos más defectos. Por ejemplo, presentan un cuadro con información inconsistente en el que (i) se anuncia un censo 2009-2011, pero se ofrecen resultados “hasta el año 2013”, de manera que no se conoce el origen de los datos comprendidos entre 2011 y 2013; (ii) se refiere que “a la fecha” se encuentran 400 municipios afectados con la minería ilegal, pero en lugar de municipios se relacionan 9 departamentos –en los que presumiblemente podrían encontrarse los 400 municipios-; (iii) las cifras que se presentan, en promedio el 93,77%, supuestamente corresponde a minería ilegal, lo que parecería significar que en los nueve departamentos no existe casi minería autorizada y que en tres de ellos (Chocó, La Guajira y Magdalena) toda la minería es ilegal, lo que arroja dudas sobre la confiabilidad de los datos reportados, la que se robustece por la fuente de información: Wikipedia.

11

3.2. Los proyectos de ley propuestos no están en condiciones de contribuir con una respuesta eficiente contra el fenómeno de la minería criminal

La Procuraduría General de la Nación presentó recientemente (2016) un informe titulado *Fractura verde. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Diagnóstico preliminar*. Se trató de una investigación que comprendió el periodo 2012 – 2014, y obtuvo información de 99 Juzgados penales de circuito, 15 de Juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, y 11 de Fiscalías seccionales, en los Departamentos de Amazonas, Antioquia, Atlántico, Boyacá, Cundinamarca, Chocó, Huila, Putumayo y el Distrito Capital Bogotá. Además de 45 entrevistas a expertos y funcionarios públicos, 12 visitas in situ, 80 expedientes

revisados y 142 municipios consultados. Es, a la fecha, una de las investigaciones más completas de la reacción penal a delitos ambientales.

En el informe se concluye –entre otras cosas- que:

“la política institucional que existe con miras a prevenir las conductas atentatorias contra el medio ambiente y los recursos naturales amerita una revisión; el proceso penal y administrativo no parece suficiente para combatir los daños que se ocasionan, (...)” (PGN. 2016. p. 23).

De acuerdo con los hallazgos (PGN. 2016, pp. 36-ss.):

- “Los procesos administrativos a cargo de las corporaciones autónomas no son contundentes para combatir esta clase de conductas”
- “Los procesos penales son lentos y no han contribuido para erradicar las conductas tipificadas”, se calcula un promedio de 40,6 meses que trascurren desde la fecha de los hechos y la revisión por parte de la Procuraduría.
- “Una significativa proporción de las noticias criminales que se tramitan corresponden a los de menor impacto. Aparecen conductas que si bien es cierto atentan contra los recursos naturales, no son aquellas que producen daños ambientales de gran magnitud”
- “Los sujetos involucrados tanto en los procesos administrativos como en los penales son el pequeño agricultor, el trabajador de la pequeña industria que contamina, el ciudadano que en busca de su sustento trabaja en una mina que afecta las aguas, el conductor del vehículo que transporta alguna madera o el campesino que tala y quema un potrero”

12

La importancia de este informe ayudó a determinar que los problemas que buscan enfrentar los Proyectos de ley que se proponen son de una dimensión mucho mayor a la de las meras reformas al Código penal, en otras palabras, los Proyectos pecan de inocencia al confiar que la expansión del derecho penal, a través del aumento punitivo y las simples inclusiones de las reformas que proponen al Ordenamiento jurídico tendrán como efecto la mejora en las oportunidades de judicializar los comportamientos relacionados con la extracción ilícita de minerales.

Se trata nuevamente de dos Proyectos de ley de corte eficientista que pretenden cambiar el estado de cosas criminal a partir de los efectos simbólicos que pueden derivarse de las reformas penales y el incremento de las penas.

La situación es mucho más delicada. Como concluye el informe, debe “reformularse y especializarse la política criminal en delitos ambientales”, y esto exige una revisión de la Fiscalía y su policía judicial, así como de la labor de la Policía de Carabineros y de los mismas Autoridades administrativas ambientales, que fungen como representantes de víctima. Además, una articulación entre los regímenes administrativos sancionatorios y penales que permita eficiencia en el

Bogotá D.C. Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.muestion.gov.co

traslado de elementos materiales probatorios, intervenciones tempranas para la reducción de daños y mecanismos restaurativos que se formulen a partir del daño ecológico y no necesariamente por las unidades de multa.

En consecuencia, en vista de que los Proyectos de ley objeto de estudio ignoran estas dimensiones de la criminalización secundaria y terciaria, no están en condiciones de contribuir con una respuesta eficiente contra el fenómeno de la minería criminal. En la siguiente tabla se puede evidenciar el problema con las cifras que arroja el SISPEEC a diciembre de 2015, respecto al número de personas condenadas y sindicadas por delitos contra el medio ambiente:

Delito	CONDENADO	SINDICADO	Total
Contaminación ambiental	35	43	78
Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo	7	3	10
Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo	20	36	56
Daños en los recursos naturales	42	56	98
Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales	22	52	74
Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables	30	25	55
Invasión de áreas de especial importancia ecológica	14	9	23
Total general	170	224	394

13

Por su parte el SIEDCO de la policía Nacional registra las siguientes capturas de personas para el año 2015 en relación a los delitos ambientales, por departamento:

Capturas

Departamento	art.328. ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables	art.331. daños en los recursos naturales	art.332. contaminación ambiental	art.332a. contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos	art.333. contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo	art.337. invasión de áreas de especial importancia ecológica	art.338. explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales	Total
Amazonas	5	1			1		5	243
Antioquia	77	7	4		5		136	240
Arauca	8							42
Atlántico	30		1	1			1	196
Bolívar	141	5					17	242
Boyacá	41	10	4				21	114
Caldas	12	3			1		20	65
Caquetá	23	2	1		1		1	54
Casanare	20	5					1	55
Cauca	7	2					19	102
Cesar	56	8					9	95
Chocó	1	2					18	314
Córdoba	239	2	2				49	512
Cundinamarca	44	17	127	2	1	1	28	225
Guainía	1						4	40
Guajira	25						9	65
Guaviare	23	4					3	61
Huila	11	4	1			2	13	160
Magdalena	103	2		1			23	172
Meta	28	9	2				4	101
Nariño	30	3	8				17	135
Norte De	40	2	7		1		27	90
Putumayo	5	4			2		1	21
Quindío	6						2	39
Risaralda	22	4	2	1			2	31
San Andrés								180
Santander	136	14	12	1	1		16	380
Sucre	192						7	267
Tolima	41	7				2	17	191
Valle	65	5	11	1	2		39	127
Vaupés	2						1	11
Vichada	3						5	2304
Total	1438	122	182	7	15	5	515	2296

14

3.3. Otras observaciones

Finalmente, el Consejo Superior de Política Criminal se pronuncia sobre dos medidas propuestas en los Proyectos estudiados: la destrucción de maquinaria y las reformas a la Ley 1333 de 2009.

3.3.1. Destrucción de maquinaria pesada

De conformidad con el Art.12 del proyecto 137, "Cuando se realice exploración o explotación de minerales por cualquier persona natural o jurídica, sin contar con

título minero inscrito en el Registro Minero Nacional y licencia ambiental o su equivalente, cuando esta última se requiera, procederá la medida de destrucción de maquinaria pesada y sus partes prevista en el Art.6° de la Decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido”.

La referencia que se hace a la facultad de destruir maquinaria pesada resulta a todas luces incompleta y por ello poco clara, en la medida en la que la Decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones no regula esa medida, sino que simplemente dice que se puede adoptar la misma: “Art.6.- Procedimientos de decomiso y/o incautación, destrucción e inutilización de bienes, maquinaria, equipos e insumos utilizados en la minería ilegal. Los Países Miembros se encuentran facultados para decomisar e incautar, inmovilizar, destruir, demoler, inutilizar y neutralizar, los bienes, maquinaria, equipos e insumos utilizados en la minería ilegal, para lo cual los Gobiernos reglamentarán la oportunidad y el procedimiento respectivo, a fin de hacer efectivas estas medidas”, es decir, es necesario que por el derecho interno se reglamente la medida, lo que no aparece en el proyecto de ley porque apenas se reglamenta: (i) lo que debe entenderse por maquinaria pesada; (ii) la autonomía de la actividad de destrucción de maquinaria, respecto de las acciones penales o administrativas; (iii) la aplicación del procedimiento vigente para la destrucción, que no es específica cuál es la norma que lo contiene.

15

En este punto se encuentra que el proyecto no ha propuesto una solución para la observación que hiciera el Consejo Superior de Política Criminal a un proyecto anterior sobre el mismo tema, que se hiciera mediante el concepto No. 16.09 y en cual se consignó:

En principio, el Consejo Superior de Política Criminal no considera que la medida sea abiertamente contraria a la Constitución Política, aun cuando es preciso considerar que el Art.34 de la Carta señala: “No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”, de forma que parece exigir una orden judicial para la destrucción, en tanto que es una forma material de extinción del dominio.

De otra parte, el procedimiento mismo de destrucción puede generar complicaciones para la Policía Nacional, en razón de que debe verificar la existencia del título minero y la licencia ambiental, así como las excepciones que se consagran en el mismo proyecto de ley, lo que podría hacer inoperante la medida o, en caso de llevarse a cabo, generar costos extraordinarios a la Nación cuando se incurra en errores sobre los presupuestos de la destrucción. Por esta razón, el Consejo sugiere revisar a profundidad el tema.

3.3.2. Reformas a la Ley 1333 de 2009

El Consejo Superior de Política Criminal llama la atención sobre el contenido del párrafo del Art.13 del Proyecto 137 de 2016 –Senado, que modifica el Art.1 de la Ley 1333 de 2009 y cuyo párrafo, desde entonces, dice: “Párrafo. En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales”.

Es preocupante, frente a esta norma, la validez constitucional de su regulación. La Corte Constitucional no se ha pronunciado al respecto, pero en tratándose de una facultad sancionatoria, es obvio que debe seguir las pautas generales que se han establecido sobre ella no solo por normas constitucionales, sino también por decisiones de la misma Corte Constitucional que han señalado que en materia sancionatoria no se puede presumir culpa o dolo del infractor y que, por regla general, tampoco se admite la inversión de la carga probatoria que, por encontrarse en el ámbito de una actividad que afecta derechos del ciudadano, debe corresponder a la autoridad estatal.

16

El Art.14 del Proyecto modifica el Art.2 de la Ley 1333 de 2009 para incluir a la Policía Nacional dentro de las autoridades revestidas de la potestad sancionatoria en materia ambiental. Por esta razón el Consejo Superior de Política Criminal advirtió una inconsistencia en el artículo, en tanto que la Policía Nacional, como las demás autoridades enunciadas en ese artículo, “quedan investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En consecuencia, estas autoridades están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en esta ley y que sean aplicables, según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades”, pese a lo cual en el párrafo 1 se dice que “En todo caso las sanciones solamente podrán ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida preventiva deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma”, con lo cual resulta contradictoria la disposición del Art.porque a pesar de investir a las autoridades de la potestad sancionatoria, la sanción no puede ser aplicada más que por las mencionadas en el párrafo 1.

El Art.15 del proyecto modifica el Art.40 de la Ley 1333 de 2009, solamente para incluir a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y actualizar el nombre del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Lamentablemente no se aprovecha la ocasión del Proyecto de ley para armonizar la regulación penal con

la administrativa, incluyendo –como debería hacerse- la sanción de cierre temporal o definitivo de la zona de exploración o explotación minera. El derecho penal no contempla este tipo de sanción como consecuencia de la infracción, de manera que la acción correspondiente se orienta a la imposición de la pena legal asignada al tipo penal –prisión y multa-; tampoco se prevé esté la pena como accesoria, de forma que el proceso penal solamente puede afectar la explotación ilícita de manera indirecta.

Finalmente, se anota una inconsistencia en el proyecto de ley 111 de 2016 Cámara, porque si bien en el Art.1 se define su objeto como medida para “eliminar la producción, uso, transporte, almacenamiento y comercialización de químicos como el zinc, bórax, cianuro y mercurio”, los artículos 6, 7 y 8 se refieren exclusivamente al mercurio, dejando sin medida alguno los demás elementos y compuestos químicos. Además, debe considerarse que estos elementos químicos son necesarios en áreas de la industria distintas a la minería ilegal: como sucede con el bórax, que es ampliamente utilizada en la industria de limpiadores, o el zinc que tiene usos medicinales. Desde este punto de vista, la ley puede controlar la producción y uso, pero no pretender eliminar la producción y uso de tales elementos químicos.

17

De otra parte, estas normas no hacen unidad de materia con las demás disposiciones del proyecto de ley 111 de 2016 Cámara, porque todos los primeros artículos se refieren a reformas al sistema penal, al paso que los últimos artículos lo que pretenden es que finalmente se dé cumplimiento a normas ya expedidas (Ley 1658).

4. Conclusiones

A partir de las observaciones presentadas anteriormente, el Consejo Superior de Política Criminal recomienda que los Proyectos de ley No. 111 de 2016 –Cámara y No. 137 de 2016 –Senado, sean retirados o archivados.

En efecto, se trata de propuestas carentes de coherencia interna entre sus objetivos y las medidas sugeridas, y cuentan con débiles motivaciones que les den sustento. Además, carecen de coherencia externa, pues ignoran cómo está la capacidad de respuesta de la institucionalidad que investiga, acusa y sanciona los delitos ambientales, y no propone medidas restaurativas efectivas para la reparación de los daños causados a los ecosistemas.

Se destacan ideas como la relación con el delito de lavado de activos, que podrían mejorar dicha capacidad. Pero en general es necesaria una nueva propuesta legislativa y más aún de política pública integral que considere, por un lado, el fortalecimiento y la especialización (incluyendo la multidisciplinariedad) de las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley ambiental; por otro lado, las

reformas administrativas y penales, y cómo estas deben interactuar a partir del principio de ultima ratio; y por otro lado, la inclusión armónica de las dos dimensiones del fenómeno criminal: la lucha contra las finanzas ilícitas y la efectiva tutela del ambiente, incluyendo medidas dirigidas a su restauración.

El Consejo Superior de Política Criminal invita a los Legisladores autores de la propuesta a una sesión especial con el Comité Técnico, para la conformación de un equipo de trabajo del cual se esperaría un nuevo Proyecto de ley que articule estas dos propuestas, así como la que vienen trabajando los Ministerios de Minas, de Defensa y de Justicia, toda vez que es urgente la adopción de medidas dirigidas al fortalecimiento de la justicia ambiental en el país.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL



Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Adolfo Franco Caicedo – Iván González Amado, DPCP/MJD. Secretaría Técnica
Consolidó: Nadia Lizarazo
Aprobó: Comité Técnico CSPC
Consejo Superior de Política Criminal

18