

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio a las propuestas de Proyecto de Ley 283 de 2019 Cámara “*Por medio del cual se sustituye el título XI “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, y Proyecto de Ley 013 de 2020 Cámara “Por medio del cual se crea el delito de Fracking en la Ley 599 de 2000”.*

Proyecto de Ley 283 de 2019 Cámara “ <i>Por medio del cual se sustituye el título XI “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.”</i> ” Proyecto de Ley 013 de 2020 Cámara “ <i>Por medio del cual se crea el delito de Fracking en la Ley 599 de 2000”.</i> ”	
Autores	H.R. Juan Carlos Lozada Vargas
Fecha de presentación	1 de octubre de 2019 20 de julio de 2020
Estado	Trámite en Comisión
Referencia	Concepto No 13.2020

1. El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en sesión del 17 de abril de 2020, analizó y discutió el Proyecto de Ley 283 de 2019 “*Por medio del cual se sustituye el título XI “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.* De igual manera, en sesión del 04 de agosto de 2020, analizó y discutió el Proyecto de Ley 013 de 2020 Cámara “*Por medio del cual se crea el delito de Fracking en la Ley 599 de 2000”.* En este orden, a continuación, se proceden a exponer las consideraciones y observaciones que se hicieron.

I. Objeto de los Proyectos de Ley

2. De acuerdo con la exposición de motivos, el Proyecto de Ley 283 de 2019 busca “*sustituir el Título XI del Código Penal Colombiano en aras de actualizar su contenido, introducir nuevos tipos penales, así como ajustar los verbos rectores y las modalidades de los actuales delitos en contra de los recursos naturales y el medio ambiente, permitiendo valorar la sanción de acuerdo al Impacto Ambiental (IA), consecuencia del actuar típico, antijurídico y reprochable de quien comete la conducta, estableciendo de manera coherente y armónica*

unos mínimos y máximos punitivos, tanto en tiempos como en multas¹, para lo cual se proponen reformas al Código Penal.

3. Así mismo, de acuerdo con la exposición de motivos del Proyecto de Ley 013 de 2020, este *“tiene como objeto crear el delito de Fracking en el Código Penal colombiano, para tal efecto, se adiciona un artículo al Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 del 2000, consecuencia del actuar típico, antijurídico y reprochable de quien comete la conducta, estableciendo de manera coherente y armónica unos mínimos y máximos punitivos, tanto en tiempos como en multas, en aras de garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano*”, para lo cual se propone la incorporación del tipo penal de Fracking dentro del Código Penal.

II. Marco Constitucional, legal y doctrinal

4. Como sustento para la adopción de las distintas medidas contempladas en el Proyecto de Ley 283, de cara a cumplir con la finalidad de fortalecer la lucha contra la alteración y destrucción del medio ambiente, en la exposición de motivos se acudió a la importancia del bien jurídico objeto de tutela², señalando que *el derecho al medio ambiente adecuado se determina en función de las exigencias del desarrollo de la persona, en aras a alcanzar los niveles de calidad de vida propios de toda sociedad desarrollada³*.
5. Adicionalmente, con la adopción del Decreto 2811 de 1974, también denominado Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, se estableció que el medio ambiente es patrimonio común, y que tanto el Estado como los particulares deben participar en su preservación y manejo, bajo el entendido de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y resulta necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos.
6. De igual manera, se mencionó el artículo 79 de la Constitución Política, el cual se encuentra ubicado en el Capítulo III “De los Derechos Colectivos y del Ambiente” y, en el que se consagra que *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley*

¹ Véase: Exposición de motivos.

² Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. “El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural (...) la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

³ Quintero, G. (2005). Derecho Penal. Parte Especial. Quinta edición, Thomson-Aranzadi. Navarra.

garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.⁴

7. En este mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-198 de 1997 expresó que *“Cabe anotar que la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración (...) Sin embargo, esta facultad no es absoluta, porque al momento de concretarse el tipo penal, es decir, al describir la conducta objetiva punible, mediante la selección de aquellos comportamientos, que destruyan, afectan o ponen en peligro bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad el legislador debe tener en cuenta los fines, valores, principios y derechos contenidos en la Constitución”⁵*. Así las cosas, se concluye en la exposición de motivos que es al legislador a quien corresponde dar alcance a la protección y conservación del derecho a un ambiente sano.
8. De igual forma, en el Proyecto de Ley 013, como sustento para la incorporación del tipo penal de Fracking dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano, en la exposición de motivos también se acudió al artículo 79 de la Constitución Política, mencionado con anterioridad.
9. Así mismo, se señala el impacto que tiene el método sobre el medio ambiente, haciendo énfasis en que las sustancias químicas y desechos tóxicos del fracking pueden contaminar aguas superficiales y subterráneas, el suelo y contribuir a la crisis climática. Esta contaminación puede ser grave y en muchos casos irreversible; por ejemplo, las aguas residuales tóxicas del fracking pueden contener concentraciones elevadas de elementos radiactivos como el Radio y en casos de derrames, filtraciones o una disposición deficiente, pueden afectar acuíferos, ríos, suelos y otros elementos del ambiente⁶.
10. De la misma forma, acude a estudios publicados en el *Journal of Science Advances*⁷ y la Agencia para la Protección del Ambiente de Estados Unidos⁸, en los que se expone que se

⁴ Constitución Política, artículo 79.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-198 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶ AIDA; Fundación Heinrich Böll. (2016) Principio de precaución: herramienta jurídica ante los impactos del Fracking

⁷ Kondash, A; Lauer, N & Vengosh, A. (2018) The intensification of the water footprint of hydraulic fracturing. Science Advances

han presentado incidentes de contaminación de acuíferos en países como Estados Unidos y Canadá, y que así no se tenga en cuenta la contaminación que pueda generar sobre el agua, el fracking sí genera una presión sobre los recursos hídricos. Así mismo, estos estudios señalan el impacto del fracking en el ciclo del agua y el agua para el consumo humano.

11. Al hilo de lo anterior, la exposición de motivos indica el impacto sobre la biodiversidad y sobre el cambio climático, aduciendo que los animales son expuestos a los mismos químicos y riesgos que las personas, en este entendido, que este método puede afectar la flora y la fauna por el desarrollo industrial que requiere, además de contaminar ríos en donde viven especies.⁹ Así, pues, señala que un 25% del calentamiento global proviene del metano, y aunque éste luego de su emisión es reabsorbido por la tierra en 12 años, en el tiempo que está en la atmósfera es mucho más dañino que el CO₂, pues atrapa hasta 84 veces más calor. El metano se libera, o quema, en los diferentes pasos de la producción y transporte del petróleo, pero lo anterior es más pronunciado en la producción a través del fracking.¹⁰
12. Además, acude a un estudio realizado por el Comité sobre Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria del Parlamento Europeo¹¹, en el cual se indica que el fracking puede causar daños graves e irreparables en la salud de las personas: cáncer, daños en el sistema inmunológico, cambios en la química de la sangre; toxicidad en los pulmones, hígado y riñones; daños en el sistema reproductivo; nacimientos con bajo peso y defectos congénitos; e incremento en la incidencia de deficiencias cardíacas congénitas, entre otras afecciones graves.

III. Observaciones en materia político criminal

13. El Consejo Superior de Política Criminal advierte que una vez estudiados los Proyectos de Ley 283 de 2019 y 013 de 2020, emite concepto desfavorable, atendiendo a los siguientes argumentos:
14. La exposición de motivos no fundamenta, ni empírica, ni jurídica, ni políticamente, que resulte necesario la agravación punitiva de los tipos penales ya existentes en el Proyecto 283, ni la incorporación de los nuevos delitos en ambos Proyectos. Vemos una somera justificación que hace referencia a la importancia del medio ambiente y del impacto

⁸ U.S. EPA. Hydraulic Fracturing for Oil and Gas: Impacts from the Hydraulic Fracturing Water Cycle on Drinking Water Resources In the United States (Final Report). U.S. Environmental Protection Agency, Washington, DC. (2016)

⁹ Center of Biological Diversity. Fracking Threatens California's Wildlife.

¹⁰ Roberts, D. (2019) Fracking may be a bigger climate problem than we thought.

¹¹ Parlamento Europeo – Comité sobre Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, Reporte sobre los impactos ambientales en las actividades de extracción de gas y petróleo de lutitas, 2011.

ambiental, sin un estudio real sobre idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

15. Es menester indicar que el Consejo Superior de Política Criminal, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley o de acto legislativo, debe presentarse un diagnóstico sobre el problema que se pretende regular o dar respuesta con la nueva ley, así como indicar por qué las medidas propuestas son las más adecuadas, junto a los posibles efectos que generaría la iniciativa.
16. Al respecto, sobre el principio de la fundamentación en evidencia empírica, debe decirse que ha sido una de las grandes banderas del Consejo Superior de Política Criminal y de la Corte Constitucional¹², en lo que respecta a la definición de la política pública criminal en el Estado colombiano¹³:

“Toda medida de política criminal, en especial aquellas que afecten el sistema penal, deberán estar justificadas empíricamente respecto a su necesidad y sus consecuencias. Por lo tanto, no pueden existir prohibiciones penales, reducción de beneficios ni aumentos punitivos carentes de justificación fáctica”¹⁴.

17. Revisados los Proyectos de Ley objeto de estudio, vemos cómo no hay justificación seria sobre la agravación punitiva de los tipos penales ya existentes, ni de la incorporación de los nuevos delitos; no existe ni fundamentación ni evidencia empírica sobre el impacto que estas reformas tendrían dentro del sistema judicial, así como tampoco se hace un análisis juicioso del impacto que este proyecto tendría en el sistema penitenciario.
18. Adicionalmente, para garantizar el fundamento empírico de la política criminal, es necesario, que la selección de los medios de intervención sobre un problema de política criminal estén vinculados estrechamente con la definición del mismo y con su superación, lo cual no se ve plasmado en los presentes Proyectos de Ley, puesto que no se demuestra cómo la creación de

¹² “La política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los precarios sistemas de información sobre la criminalidad y sus dinámicas, para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales (...) Es claro que uno de los puntos álgidos y problemáticos de la política criminal es la ausencia de fundamentación empírica, pues esta falencia afecta transversalmente todas las etapas de la misma. Como se indicó, la falta de información confiable hace casi imposible diagnosticar certeramente cuál es el estado de cosas en las diversas etapas de la política pública, lo cual repercute a su vez en la formulación de soluciones y en la medición de resultados”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012.

¹⁴ Consejo Superior de Política Criminal. Concepto 06 de 2019. Estudio a la propuesta de Proyecto de Ley 164 de 2018 Senado “Por medio del cual se modifican los artículos 365 y 366 de la Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano, se reglamenta el porte de armas blancas y se dictan otras disposiciones”, y Consejo Superior de Política Criminal. Lineamientos de Política Criminal.

otros tipos penales, o la agravación de las penas de los ya existentes, podrían afectar el fenómeno que se pretende perseguir, para lograr los fines del derecho penal.

19. En ese sentido, es necesario mencionar que teniendo en cuenta el carácter de última ratio del derecho penal, deben respetarse los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, mínima intervención, necesidad y merecimiento de pena¹⁵; a partir de lo cual resulta más viable fortalecer el control, la vigilancia y la protección del medio ambiente por vía administrativa, antes de reforzar la intervención del derecho penal.
20. Por otro lado, en cuanto a la inclusión del criterio de *“impacto ambiental”* en el Proyecto de Ley 283, para establecer la pena a imponer, es importante tener en cuenta que no se propone una metodología específica para poder determinarlo y que la iniciativa de innovar en cuanto a la determinación de la pena puede generar inconvenientes, tal como se menciona en el mismo Proyecto de Ley *“en la valoración y establecimiento de la pena del juez no media un estudio técnico, necesario para este tipo de delitos, que permita determinar con certeza el daño a los distintos recursos naturales, tanto renovables como no renovables y las consecuencias a mediano y largo plazo de su actuar”*¹⁶.
21. Si bien la determinación del daño se busca subsanar al imponerle esta carga al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y, es cierto que la consagración de penas y sanciones constituye una competencia propia del legislador que, en principio es libre para asignar diferentes consecuencias negativas a los comportamientos que considera reprochables y antijurídicos¹⁷, la misma debe estar ajustada a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad y, por ende, debe estar determinada, por lo que no resulta viable proponer un criterio que no está establecido de manera definitiva.
22. Igualmente, frente a la misma propuesta, es importante resaltar que el criterio de *“impacto ambiental”* resulta inaplicable en gran parte de los delitos contra el medio ambiente, teniendo en cuenta que estos ostentan el carácter de tipos penales de peligro¹⁸, en los cuáles no se hace necesario determinar y cuantificar el impacto ambiental ocasionado con la conducta punible, debido justamente a que no es necesaria una causación del daño, pero sí, al menos, la puesta efectiva en peligro del bien jurídico tutelado.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Véase: Exposición de motivos.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-329/03. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ “Se suele distinguir entre tipos de lesión y tipos de peligro. Los primeros, describen conductas que destruyen o menoscaban un bien jurídico; mientras que los segundos, regulan comportamientos en los cuales sólo se avizora la probabilidad de lesión para el bien jurídico, lo cual puede suceder en abstracto o en concreto, de donde ha surgido la división —según la estructura de las descripciones típicas— entre tipos de peligro abstracto y tipos de peligro concreto.” Velásquez, F. (2009). Derecho Penal, Parte General. Librería jurídica COMLIBROS, cuarta edición. Bogotá. Véase también, Sentencias C-320 de 1998; C-674 de 1998 y C-843 de 1999.

23. Por otro lado, el Consejo Superior de Política Criminal tiene diversas observaciones específicas sobre la técnica legislativa de algunos tipos penales cuya modificación se propone y sobre la incorporación de otros nuevos delitos, como se expondrá a continuación:

Texto legal vigente	Texto propuesto
<p>ARTÍCULO 330A. Manejo ilícito de especies exóticas. El que con incumplimiento de las normas vigentes existentes, introduzca, trasplante, manipule, experimente, inocule, o propague especies silvestres exóticas, invasoras, que pongan en peligro la salud humana, el ambiente, las especies de la biodiversidad colombiana, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento a ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales vigentes.</p>	<p>ARTÍCULO 332. Manejo ilícito de especies exóticas. El que introduzca, trasplante, manipule, experimente, mantenga, adquiera, inocule, libere o propague especies silvestres exóticas o invasoras, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento a ocho (108) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Si la conducta tuviere como consecuencia un impacto ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de trece mil (13.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.</p>

24. El nuevo texto propuesto para el artículo 332 suprime el elemento normativo establecido en la norma actual “*el que con incumplimiento de las normas vigentes existentes*”, al respecto deben mencionarse el numeral 21 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 y el numeral 19 del artículo 9 del Decreto 2820 de 2010. La primera norma regula la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres¹⁹ y, la segunda establece que se otorgarán

¹⁹ Ley 99 de 1993, artículo 5, numeral 21 “Regular, conforme a la ley, la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres; regular la importación, exportación y comercio de dicho material genético, establecer los mecanismos y procedimientos de control y vigilancia y disponer lo necesario para reclamar el pago o reconocimiento de los derechos o regalías que se causen a favor de la nación por el uso de material genético”

licencias ambientales para el establecimiento de zoo criaderos con fines comerciales de especies exóticas en ciclo cerrado²⁰.

25. Lo anterior quiere decir que legalmente existen excepciones que, bajo determinados criterios, permiten la realización de esta conducta, lo que no prevé el legislador al suprimir el elemento normativo mencionado, pues lo que se debe sancionar penalmente es el desconocimiento o incumplimiento de lo inicialmente autorizado.

<p>ARTÍCULO 333. Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo. El que provoque, contamine o realice directa o indirectamente en los recursos de agua, suelo, subsuelo o atmósfera, con ocasión a la extracción o excavación, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte de la actividad minera o de hidrocarburos, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de treinta mil (30.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>ARTÍCULO 335B. Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo. El que contamine directa o indirectamente la atmosfera, el suelo, el subsuelo o las aguas como consecuencia de la actividad de extracción, excavación, exploración, construcción, inyección, deposito, montaje, explotación, beneficio, transformación o transporte de la actividad minera o de hidrocarburos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y ocho (168) meses y multa de treinta mil (30.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Si la conducta tuviere como consecuencia un impacto ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos setenta y seis (276) meses y multa de cuarenta y dos mil (42.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.</p> <p>Si la conducta se realizare como consecuencia de la minería a cielo abierto la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad de la pena.</p>
---	--

²⁰ Decreto 2820 de 2010, artículo 9, numeral 19 “La caza comercial y el establecimiento de zoo criaderos con fines comerciales” párrafo 3 “Las Corporaciones Autónomas Regionales solamente podrán otorgar licencias ambientales para el establecimiento de zoo criaderos con fines comerciales de especies exóticas en ciclo cerrado, para tal efecto, el pie parental deberá provenir de un zoo criadero con fines comerciales que cuente con licencia ambiental y se encuentre debidamente autorizado como predio proveedor”

26. La propuesta del artículo 335B genera problemática por cuanto la actividad minera, en sí misma, genera efectos de contaminación²¹. La norma va dirigida a sancionar penalmente cuando esa contaminación supere el riesgo permitido establecido en las normas existentes; sin embargo, como está propuesta la redacción, no es posible diferenciar la conducta delictiva de la no delictiva²².
27. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta, conforme a la redacción de la propuesta actual, una consideración que ha sido objeto de estudio y análisis por parte de la doctrina

“Entender el delito de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero e hidrocarburos como un delito de resultado puede ser contrario a la aparente necesidad de la norma. Es decir, toda actividad minera genera efectos devastadores contra el medio ambiente, que se califican incluso de graves e irreversibles; entonces, no resulta claro por qué no se sanciona la mera puesta en peligro del bien jurídico, sino que deba esperarse a la lesión efectiva del mismo.

*Político-criminalmente es más conveniente entender este delito como un típico delito de peligro, no como uno de lesión, por la misma necesidad de protección del bien jurídico, para adelantar las barreras punitivas con el fin de sancionar la actividad minera capaz de generar contaminación ambiental, sin exigir resultado alguno”*²³.

Texto legal vigente	Texto propuesto
<p>ARTÍCULO 338. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normas vigentes 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</p>	<p>ARTÍCULO 329B. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de las normas vigentes excave, explote, explore o extraiga yacimiento minero, arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que</p>

²¹ Alianza Mundial de Derecho Ambiental ELAW (2010). Guía Para Evaluar EIAs de Proyectos Mineros. Primera edición, Eugene OR 97403.

²² “Lo cierto es que la Fiscalía General de la Nación realiza imputaciones conforme a esta norma al aplicar aparentemente este verbo rector, con lo cual hace una interpretación sistemática del Código y se remite a la normatividad reguladora en la materia, es decir, al Código de Minas, que establece que para ejercer la actividad minera se deben tomar ciertas precauciones y cuando ello no se hace, surge este delito. Es decir, se aplica, al igual que con los otros delitos de contaminación ambiental, un criterio de niveles de contaminación permitidos, de tal manera que si este se sobrepasa se estará en presencia del acto delictivo”. Suárez, B (2017). Retos de la regulación Jurídico Penal de la Minería en Colombia, Estudio del artículo 333 del C.P.

²³ *Ibidem*.

<p>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 punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>hubiere lugar, en prisión de setenta y dos (72) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Si la conducta tuviere como consecuencia un impacto ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta y dos (252) meses y multa de cuarenta mil (40.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice a través de minería a cielo abierto, o con la conducta se destruya, inutilice o haga desaparecer el suelo, subsuelo o sus recursos naturales, o altere o destruya acuíferos.</p>
---	--

28. Sobre el tipo penal de “explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales”, el Consejo Superior de Política Criminal en concepto previo, estableció una serie de recomendaciones, las cuales resultan aplicables a la propuesta realizada en el Proyecto de Ley objeto de estudio

“En la práctica judicial pueden presentarse algunos problemas en la adecuación típica de ciertas conductas que no se realicen durante todas las fases del proceso de explotación minera, entendido como el “proceso de extracción y procesamiento de los minerales, así como la actividad orientada a la preparación y el desarrollo de las áreas que abarca el depósito mineral”, según lo define el Glosario Técnico Minero ya citado. En este sentido, el Consejo Superior de Política Criminal sugiere que el proyecto incluya, dentro de sus definiciones, los conceptos de exploración y explotación, como medida de unificar la interpretación de las disposiciones, precisar el alcance de los tipos penales previstos, y disminuir al máximo las dificultades que puedan tener jueces y fiscales al momento de decidir sobre los casos que lleguen a su conocimiento”²⁴

²⁴ Consejo Superior de Política Criminal. Concepto sobre el estudio de la propuesta del Proyecto de Ley sin radicar “Por medio del cual se establecen disposiciones para la lucha contra la minería ilegal y se dictan otras disposiciones”

Texto propuesto

Artículo 329C. Fracking. El que realice actividades de explotación y aprovechamiento del suelo o del subsuelo a través del método de fractura hidráulica, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de treinta y cinco mil (35.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando con la conducta se destruya, inutilice o haga desaparecer el suelo, subsuelo o sus recursos naturales o altere o destruya acuíferos.

29. Frente a esta propuesta del Proyecto de Ley 283, el Consejo Superior de Política Criminal considera que no es viable incorporar el tipo penal de Fracking, toda vez que la posibilidad de admitir proyectos piloto de esta técnica dentro del país ha sido objeto de debate y estudio por parte del Consejo de Estado²⁵ en los últimos años. Incluso, este Alto Tribunal no se ha pronunciado sobre cuáles serían las condiciones para la implementación de proyectos piloto en el país.
30. Adicionalmente, la Comisión Interdisciplinaria Independiente encargada por el Gobierno Nacional en el año 2019, concluyó que en Colombia es posible realizar Proyectos Piloto Integrales de Investigación mediante la técnica del fracturamiento hidráulico con perforación horizontal, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. En este sentido, la Comisión publicó un informe completo que contiene las principales conclusiones y recomendaciones que el Gobierno Nacional deberá tener en cuenta al implementar PPII relacionados con yacimientos no convencionales a través de la técnica de Fracking.
31. Es importante señalar que esta misma propuesta es la presentada en el Proyecto de Ley 013 de 2020, así:

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B. Auto radicado: 57819 de 2018. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Texto propuesto

Artículo 338A. *Fracking.* El que realice actividades de explotación y aprovechamiento del suelo o del subsuelo a través del método de fractura hidráulica, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando con la conducta se destruya, inutilice o haga desaparecer el suelo, subsuelo o sus recursos naturales o altere o destruya acuíferos.

32. Se destaca que la propuesta de ambos Proyectos de Ley es, en esencia, la misma, el único cambio es la supresión del segundo inciso y el máximo de la multa, el cual, en el Proyecto de Ley 283 es de treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que en el Proyecto de Ley 013, es de cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.
33. Dentro del tiempo que transcurrió desde la presentación del Proyecto de Ley 283 y el 013, el Ministerio de Minas y Energías expidió el Decreto 328, mediante el cual se fijaron los lineamientos para adelantar las pruebas piloto y, aunado a ello, se expidió la Resolución 40185 del 7 de julio de este año, también del Ministerio de Minas y Energía, la cual complementa el Decreto en mención, porque establece los criterios técnicos para el desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral en yacimientos no convencionales de hidrocarburos por medio de la técnica de fracturamiento hidráulico multietapa con perforación horizontal, mejor conocida como fracking.
34. Dentro de los criterios técnicos establecidos, se encuentra el desarrollo de máximo cuatro PPII en el país en los que se podrá perforar, completar, fracturar, estimular, y dimensionar, mediante la técnica de fracking, hasta dos pozos horizontales los cuales podrán ser distribuidos en un máximo de dos locaciones. Para esto, Las compañías interesadas en desarrollar PPII deberán obtener la aprobación para la perforación de cada uno de los pozos. Para tal propósito, deberán presentar ante la Agencia Nacional de Hidrocarburos el programa para la perforación, el formato de intención de perforar un pozo PPII, y la documentación técnica relacionada, según lo establece la Resolución 40185.
35. En la misma línea de argumentación, conforme a la normativa expedida por el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Hidrocarburos publicó un proyecto de acuerdo que adiciona el Acuerdo 2 de 2017, con el objeto de incorporar las reglas que permitan realizar los

Proyectos de Investigación en desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral sobre Yacimientos No Convencionales -YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal –FH-PH²⁶.

36. Además de que, tal como está planteada la propuesta, desconoce que se puede avanzar con proyectos pilotos integrales de investigación con técnica de fracturación hidráulica propuestos en los programas exploratorios, cumpliendo determinados requisitos y bajo algunos lineamientos; el Consejo Superior de Política Criminal considera que, si bien en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 013 se aducen los impactos que esta técnica ocasiona dentro del medio ambiente y los posibles daños que podría causar al ser humano, no justifica la intervención del derecho penal para castigar esta conducta, como se mencionó con anterioridad.
37. Aunado a lo anterior, tenemos el evidente problema de hacinamiento penitenciario y carcelario, por lo que la incorporación de nuevos tipos penales dentro del ordenamiento jurídico debería estar plenamente justificada y, en la propuesta del Proyecto de Ley no solo no está justificada, sino que adicionalmente no se exponen los criterios a partir de los cuales se fija la pena de prisión que se propone para el tipo penal de fracking.

Texto propuesto
<p>Artículo 331A. Deforestación. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de las normas vigentes, tale, queme, corte o destruya, en todo o en parte bosques naturales, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Si la conducta tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento ocho (108) a doscientos cincuenta y dos (252) meses y multa de treinta y siete mil (37.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se cometa en reserva forestal, zonas de nacimientos hídricos, ecosistemas estratégicos o áreas protegidas, sobre especies vedadas, protegidas o en peligro de extinción, mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o</p>

²⁶ Agencia Nacional de Hidrocarburos. Proyecto de Acuerdo de Proyectos de CEPI en PPII.

radiactivas, o con la conducta se altere las aguas, se ocasione erosión del suelo, se modifique el régimen climático, se destruya o haga desaparecer las especies o su hábitat.

38. Respecto a la incorporación del tipo penal de Deforestación, debe hacerse alusión a uno de los conceptos emitidos por el Consejo Superior de Política Criminal sobre el estudio que se efectuó al Proyecto de Ley “Minería ilegal”, en el cual dijo:

“Ahora, a partir de la exposición de motivos que acompaña la iniciativa de reforma, el Consejo Superior de Política Criminal observa la necesidad de que se incluya una nueva circunstancia de agravación referida a una mayor punición cuando el daño a los recursos naturales consista en la tala ilegal de bosque natural, dada la importancia de este último en materia de medio ambiente para nuestro país.

Con este marco entonces es que el Consejo Superior considera que resulta ajustado desde el punto de vista político criminal crear un nuevo instrumento en el marco del derecho penal -un agravante- que fortalezca los instrumentos que legales que hoy se tienen con miras a proteger, también desde el derecho penal, los bosques colombianos, a través del reconocimiento expreso de que el delito de Daños en los Recursos Naturales establecido en el artículo 331 del Código Penal merece un mayor reproche si la afectación consiste en tala ilegal de bosque natural”²⁷

39. Es así como, este cuerpo colegiado considera que en lugar de la creación de un tipo penal autónomo como lo propone este Proyecto de Ley, es más coherente optar por la incorporación de un agravante del tipo penal de “Daños en los recursos naturales” en el que se incluya la tala ilegal de bosque natural, también denominada deforestación.

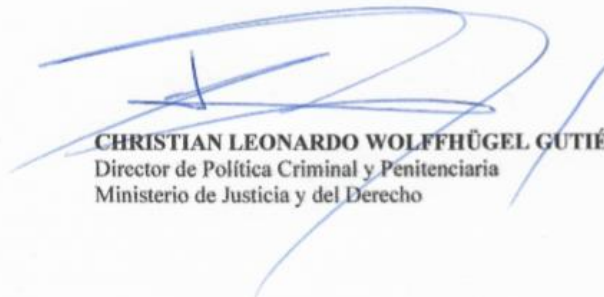
IV. Conclusión

40. Atendiendo a las consideraciones esbozadas, los Proyectos de Ley desconocen los principios de fundamentación empírica, proporcionalidad, intervención mínima y razonabilidad que rigen el diseño e implementación de la política criminal y, además, la propuesta del Proyecto 283 cuenta con varias imprecisiones en la técnica legislativa, por lo que el Consejo Superior de Política Criminal, emite concepto desfavorable para el Proyecto de Ley 283 de 2019, “Por

²⁷ Consejo Superior de Política Criminal. Concepto sobre el estudio a la propuesta de Proyecto de Ley 164 de 2018 Senado “Por medio del cual se adiciona el artículo 331 de la Ley 599 de 2000, a su vez modificado por el artículo 33 de la ley 1453 de 2011” Lo que se busca es establecer “un aumento de la pena cuando “la afectación consista en la tala ilegal de bosque natural”, con el fin de disminuir la deforestación que se ha venido presentando en los últimos años en el país por causa de la siembra de cultivos ilegales, el narcotráfico, el tráfico de madera y otras actividades que inclinan a diferentes grupos económicos a atentar contra el medio ambiente y los bosques naturales.”

medio del cual se sustituye el título XI “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” y, en el mismo sentido, para el Proyecto de Ley 013 de 2020 “Por medio del cual se crea el delito de Fracking en la Ley 599 de 2000”.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL


CHRISTIAN LEONARDO WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ
Director de Política Criminal y Penitenciaria
Ministerio de Justicia y del Derecho

Elaboró: Eliana Entralgo – Alba Jineth Castro - Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria - Secretaría Técnica CSPC

Revisó: Christian Wolffhügel Gutiérrez – Director de Política Criminal y Penitenciaria

Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal