

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL**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)¹**

Propuesta del Proyecto de Ley “Por medio de la cual se establecen disposiciones para la lucha contra la minería ilegal y se dictan otras disposiciones”	
Autor	Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Minas, Ministerio de Justicia y del Derecho
Estado actual	Pendiente de radicación
Referencia	Concepto No. 16.09

El concepto se elabora con base en la propuesta del proyecto de ley remitida al Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal el día 3 de mayo del año en curso, y discutido los días 5 y 12 del mismo mes.

1

1. Objeto, contenido y alcance del Proyecto de Ley

De conformidad con el texto del proyecto presentado a consideración del Consejo Superior de Política Criminal, el Estado debe reaccionar de manera decidida y ejemplar contra el terrorismo y la delincuencia organizada, preservando las garantías y derechos de los ciudadanos, por lo cual la propuesta legislativa establece instrumentos para “luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales”.

Se pretende, además, desarrollar el contenido del artículo 106 de la Ley 1450 relativo al control a la explotación ilícita de minerales y del decreto 2235 de 2012 relativo al “uso de maquinaria pesada y sus partes en actividades mineras sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley”.

En el estudio que sustenta la formulación del proyecto se destacan como elementos de gestión realizadas con el fin de controlar la minería ilegal:

¹ Posteriormente se radicó como Proyecto de Ley 169 de 2016 Senado
Bogotá D.C., Colombia

(i) los operativos de decomiso realizados por la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional, que incluyen actividades de capacitación a las autoridades ambientales; (ii) la destrucción de maquinaria con base en información suministrada por la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio de Ambiente; (iii) la formalización de la pequeña minería mediante el apoyo estatal a quienes poseen título minero y tienen un instrumento ambiental aprobado, y (iv) los proyectos pilotos de producción más limpia para promover mejores prácticas de proceso y ambientales, con el apoyo del Ministerio de Minas y Energía, tendiendo a eliminar el mercurio en el beneficio aurífero en el año 2018.

En el proyecto se incluyen distintas disposiciones relacionadas a diversas materias, en la siguiente forma:

Normas mineras:

1. Se propone otorgar a la Policía Nacional competencia para suspender actividades de exploración o explotación minera sin título y realizar decomiso de minerales y definir la autoridad para la administración de los bienes decomisados, así como la destinación final de los mismos.
2. Se incluye la obligación de registro para los contratos de Operación Minera.
3. Las plantas de beneficio deberán ser inscritas en el Registro Único de Comercializadores de Minerales y cumplir con todos los requisitos exigidos.
4. La declaratoria de caducidad del título minero para quien utilice a menores de edad en labores de minería.

2

Normas de tránsito:

Se propone adicionar

“el Código Nacional de Tránsito para establecer la sanción de multa a quienes infrinjan las medidas de control respecto del traslado o movilización de maquinaria pesada sin la Guía de Movilización de Maquinaria, por vías o en horarios no autorizados o con infracción al sistema de monitoreo, de conformidad con las restricciones y reglamentaciones señaladas por el Gobierno Nacional para estos casos”.

Normas de procedimiento penal:

“Se habilita la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para los casos de exploración y explotación ilícita de minerales cuando se configuren las causales 4 y 5 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal”.

Normas en materia sancionatoria ambiental:

1. Se propone modificar la Ley 1333 para fortalecer las medidas sancionatorias ambientales y ampliar la competencia a otras autoridades para imponer medidas a prevención.
2. Otorgar facultades de autoridad ambiental, a prevención, a la Policía Nacional, quien podrá imponer medidas preventivas.
3. Se habilita la posibilidad para que la autoridad ambiental pueda vender en pública subasta los productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
5. Se prevé el endurecimiento de los controles sobre las sustancias químicas utilizadas en las actividades mineras (mercurio y cianuro, principalmente).

3

Normas penales:

1. El proyecto propone reformar el artículo 338 del Código Penal, “Exploración o explotación ilícita de minerales”, haciendo alusión al genérico “minerales”, categoría que abarca a todos los elementos objeto de exploración o explotación y se califica la conducta con circunstancias que pretenden restringir el marco de aplicación de la norma, y se aumenta la pena mínima a sesenta (60) meses de prisión.
2. Se propone crear el tipo penal de “Aprovechamiento ilícito de minerales”; se agrava la pena para el delito de Financiación del Terrorismo, cuando es fruto de actividades de minería ilegal; se incluyen los Delitos contra los Recursos Naturales y Medio Ambiente como delitos base del lavado de activos, y se agrava la pena para el delito de Receptación, cuando la conducta sea ejecutada sobre minerales extraídos ilícitamente.

2. Observaciones político-criminales en relación con el Proyecto de Ley

2.1. Limitaciones del concepto del Consejo Superior de Política Criminal

Bogotá D.C., Colombia

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

El Consejo Superior de Política Criminal aclara que en el presente concepto no se aborda todo el contenido del proyecto de ley, en tanto que algunas de las normas previstas escapan al estricto marco de la política criminal en su función de prevención de los delitos o de sanción de las conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos que el legislador ha estimado dignos de protección penal.

2.2. Las definiciones contenidas en el proyecto

El Consejo Superior de Política Criminal destaca como una virtud del articulado, que en el artículo 1° del proyecto se incluyen algunas definiciones con el propósito de aclarar el marco de aplicación de la ley y restringir la posibilidad de aplicación de sus disposiciones a hipótesis de comportamientos que no están llamadas a ser incluidas en ella.

No obstante, se aprecia alguna imprecisión en relación con lo que se denomina “impacto irreversible” en función de la aplicación de la ley penal, porque si bien se dice que éste será el daño (ambiental) “cuyo efecto supone la imposibilidad o dificultad extrema de retornar, por medios naturales, a la situación anterior a la acción que lo produce”, existe en la literatura científica una polémica acerca de las metodologías que permiten establecer el impacto ambiental² y su clasificación³, de forma que al juez le resultará difícil la determinación de cuando dicho impacto es irreversible o no.

4

De otra parte, al revisar distintos instrumentos relativos a la minería, se encuentran múltiples definiciones que dificultan el entendimiento de los propósitos del proyecto de ley. Así, por ejemplo, en el Glosario Técnico Minero del Ministerio de Minas y Energía (2003), se hallan definidos términos como Microminería⁴; Minería⁵; Minería a cielo abierto⁶; Minería a granel⁷; Minería aluvial⁸; Minería de

²El impacto ambiental está definido en el Glosario Técnico Minero del Ministerio del ramo, como “1. Alteración o cambio neto parcial, positivo o negativo (adverso o benéfico), en el medio ambiente o en alguno de sus componentes, resultante de actividades, productos o servicios de una organización. Un impacto ambiental conlleva a un problema ambiental. La intensidad de la alteración está relacionada con la capacidad de acogida del territorio donde se desarrolla la actividad impactante. 2. Efecto que las actuaciones humanas producen en el medio”.

³ Métodos analógicos, de listas de chequeo, de listas de chequeo enfocadas a decisiones, análisis ambiental costo-beneficio, etc.

⁴ (Actividad que se desarrolla en una mina, que no alcanza niveles de producción superiores a 2.000 (dos mil) toneladas por año; genera rendimientos de 0,5 toneladas/hombre- turno; ocupa un número máximo de 20 personas que alterna las labores mineras con otra clase de actividades; carece de una organización empresarial y constituye una actividad de explotación minera básicamente de subsistencia, realizada sin ninguna dirección técnica u operacional

⁵ Ciencia, técnicas y actividades que tienen que ver con el descubrimiento y la explotación de yacimientos minerales. Estrictamente hablando, el término se relaciona con los trabajos subterráneos encaminados al arranque y al tratamiento de una mena o la roca asociada. En la práctica, el término incluye las operaciones a cielo abierto, canteras, dragado aluvial y operaciones combinadas que incluyen el tratamiento y la transformación bajo tierra o en superficie. La minería Bogotá D.C., Colombia

subsistencia⁹; Minería formal¹⁰; Minería ilegal¹¹; Minería informal¹²; Minería legal¹³; Minería marina¹⁴; Minería por paredones¹⁵, y Minería subterránea¹⁶, muchas de las cuales pueden corresponder a la hipótesis general contemplada en la nueva redacción del artículo 338 del Código Penal.

Lo que se advierte, sin embargo, es que el proyecto de ley está orientado a otro tipo de minería, que en el lenguaje ordinario se ha denominado “Minería Criminal”, no definido legalmente y que hace alusión a aquellas actividades mineras desarrolladas por organizaciones criminales mediante la utilización de maquinaria pesada (máquinas amarillas, también se la denomina), sin permiso de las

es una de las actividades más antiguas de la humanidad, consiste en la obtención selectiva de minerales y otros materiales a partir de la corteza terrestre. Casi desde el principio de la Edad de Piedra, hace 2,5 millones de años o más, viene siendo la principal fuente de materiales para la fabricación de herramientas. Se puede decir que la minería surgió cuando los predecesores del Homo sapiens empezaron a recuperar determinados tipos de rocas para tallarlas y fabricar herramientas. Al principio, implicaba simplemente la actividad, muy rudimentaria, de desenterrar el sílex u otras rocas. A medida que se vaciaban los yacimientos de la superficie, las excavaciones se hacían más profundas, hasta que empezó la minería subterránea. La minería de superficie se remonta a épocas mucho más antiguas que la agricultura)

⁶ Actividades y operaciones mineras desarrolladas en superficie

⁷ 1. Método de minería que consiste en extraer grandes cantidades de mena o material de bajo tenor conjunto con la mena o material de alta ley. 2. Cualquier método mecanizado de minería a gran escala que involucre la remoción de miles de toneladas/día, con un relativamente reducido número de personal

⁸ Actividades y operaciones mineras adelantadas en riberas o cauces de los ríos; también se emplean métodos de minería aluvial para la extracción de minerales y materiales en terrazas aluviales

⁹ 1. Minería desarrollada por personas naturales que dedican su fuerza de trabajo a la extracción de algún mineral mediante métodos rudimentarios y que en asocio con algún familiar o con otras personas generan ingresos de subsistencia. 2. Se denomina así a la explotación de pequeña minería de aluvión, más conocida como barequeo, y a la extracción ocasional de arcillas, en sus distintas formas, y los materiales de construcción

¹⁰ Conformada por unidades de explotación de tamaño variable, explotadas por empresas legalmente constituidas

¹¹ Es la minería desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia

¹² Constituida por las unidades de explotación pequeñas y medianas de propiedad individual y sin ningún tipo de registros contables

¹³ Es la minería amparada por un título minero, que es el acto administrativo escrito mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad nacional, según el Código de Minas. El título minero deberá estar inscrito en el Registro Minero Nacional

¹⁴ Actividades y operaciones mineras adelantadas en medios marinos o en el límite con ellos

¹⁵ Método de explotación de carbón en fajas delgadas verticales que son cortadas por medios mecánicos a lo largo de caras o paredes rectas

¹⁶ Actividades y operaciones mineras desarrolladas bajo tierra o subterráneamente
Bogotá D.C., Colombia

autoridades competentes (administrativas y ambientales), condiciones que no se ven reflejadas en el tipo penal propuesto.

Dadas estas condiciones, el Consejo Superior de Política Criminal recomienda a los redactores del proyecto armonizar las definiciones existentes con las contenidas en el texto, así como definir legalmente el concepto de “Minería criminal” y determinar que las medidas que se proponen van orientadas a este último tipo de actividad, con el fin de dar claridad a los fiscales y jueces que se encargarán de desarrollar el contenido de la ley, si llegare a aprobarse.

2.3. Las reformas al artículo 338 del Código Penal

En el proyecto de ley se propone reformar el artículo 338 del Código Penal, con el fin de adaptar la norma a las exigencias que surgen de las nuevas medidas para combatir la minería criminal.

Para una mejor comprensión de las normas, a continuación se incluyen, a doble columna, las disposiciones actuales y la propuesta:

Legislación actual	Reforma propuesta
El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explore, explore o extraiga yacimiento minero, o explore 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 punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.	El que sin permiso de autoridad competente explore o explote minerales por medios mecanizados que puedan causar un impacto irreversible a los recursos naturales o el medio ambiente, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena señalada se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando las conductas descritas se realicen en parques nacionales naturales, parques regionales naturales, zonas de reserva forestal protectora nacionales y regionales, ecosistemas de páramos, humedales Ramsar, arrecifes de coral y manglares y demás áreas excluidas de la minería por las autoridades competentes. La pena señalada se disminuirá en una tercera parte cuando el autor voluntariamente ejecute medidas compensatorias sobre el medio ambiente o los recursos naturales afectados con alguna de las conductas descritas en el primer inciso. La idoneidad de estas medidas para compensar la afectación, deberán ser certificados por la autoridad ambiental competente.

Como se observa, varias son las reformas propuestas:

1. Supresión de la expresión “o con incumplimiento de la normatividad existente” que contiene la Ley 599 y que no aparece en el texto del proyecto de ley. El Consejo Superior de Política Criminal considera que al suprimir esta expresión se descriminalizan algunas formas de explotación de los recursos mineros porque en la reforma propuesta solamente darían lugar a la acción penal las formas de minería que carecieran del permiso de la autoridad competente, no así las que cumplan sus actividades con dicha licencia, pero violando las normas que regulan la explotación o exploración de materiales, comportamientos que también pueden ocasionar graves daños al ambiente y a las personas que se desempeñan en estos oficios.

En criterio del Consejo, es conveniente pensar nuevamente en la inclusión del ingrediente normativo señalado, u otro de similar contenido, con el propósito de cobijar bajo las normas propuestas a quien no solamente desconozca en materia grave las regulaciones de la actividad minera y cause “impacto irreversible” al ambiente, sino también de aquellas personas que excedan el permiso de exploración o explotación que se les ha concedido legalmente, como sería la expansión de la zona objeto de la minería, o la extracción de materiales no autorizados, o circunstancias similares.

7

2. Eliminación del verbo rector “extraer”. La supresión de este verbo rector es técnicamente correcta, en tanto que en la actividad de la explotación se comprende la extracción del material. No obstante, 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.

3. Modificación de la denominación de los objetos materiales de la infracción. Con buen tino se modifican los objetos materiales del delito, en razón de que el término genérico “minerales” comprende todos los objetos materiales de la descripción típica cuyo texto se pretende reformar (yacimiento minero, arena, material pétreo y material de arrastre), además de que permite la mejor redacción de la norma.

Bogotá D.C., Colombia

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

4. De la redacción propuesta, sin embargo, se presentan algunas dificultades derivadas de la misma, como sucede con la expresión “explore o explote minerales por medios mecanizados que puedan causar un impacto irreversible a los recursos naturales o el medio ambiente”, en razón de que en el sentido gramatical el impacto se predica de los medios mecanizados utilizados y no de las consecuencias de la exploración o explotación.

El daño que se produce en el medio ambiente o en los recursos naturales por medio de la minería se deriva de la exploración o explotación, no de los medios utilizados. Los medios usados en los procedimientos anteriores no son, por sí mismos, lo que pueden afectar, deteriorar o causar un impacto determinado en el ambiente o en los recursos. Por esta razón, resulta más adecuado redactar la disposición como “explore o explote, con impacto irreversible, los recursos naturales o el medio ambiente, mediante la utilización de medios mecanizados”, o una similar.

De la misma manera, se presenta dificultad en la interpretación de la norma con las expresiones “impacto irreversible” porque, como se anotara anteriormente, esta expresión es ambivalente en la medida en la que dependiendo de la metodología que se utilice para medir el impacto ambiental, puede llegarse a resultados contrarios o no definidos. Para tratar de solucionar estas dificultades a los funcionarios judiciales podría referirse la norma a una forma concreta de evaluación del impacto ambiental (por ejemplo, análisis ambiental de costo-beneficio), o a la evaluación que realice la autoridad ambiental competente (por ejemplo, el Ministerio de Minas y Energía), de forma que el ingrediente normativo del tipo se precise con la correspondiente garantía de seguridad jurídica.

8

La norma propuesta criminaliza la conducta cuando para su ejecución se utilicen “medios mecanizados que puedan causar un impacto irreversible a los recursos naturales o el medio ambiente”, lo que limita la aplicación del tipo penal a otras formas de exploración o explotación que pueden ser utilizadas, independientemente de su rendimiento o conveniencia técnica, tales como la utilización de explosivos. En criterio del Consejo Superior de Política Criminal estas formas de exploración o explotación no están exentas causar un impacto ambiental “irreversible” y, por consiguiente, deberían ser incluidas en la descripción típica.

2.4. La inclusión de un nuevo tipo penal

En el texto del proyecto se propone la creación de un nuevo tipo penal, con el siguiente contenido:

Bogotá D.C., Colombia

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

“Artículo 338A. Aprovechamiento ilícito de minerales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente beneficie, transforme o comercialice los minerales de que trata el artículo anterior, u obtenga algún beneficio de estas actividades, incurrirá en prisión de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Esta disposición parece contradecir el argumento central del proyecto: criminalizar la minería criminal y dejar a salvo de la reacción penal estatal a los mineros informales, a quienes se dedican a la minería de subsistencia y a la microminería. En efecto, en la norma propuesta se sanciona a quien sin permiso de la autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente (aquí si se amplía la incriminación a quienes excedan la licencia concedida) beneficie, transforme o comercialice los minerales de que trata el artículo anterior, esto es, a quien realice alguna de las conductas descritas sobre minerales que se hayan extraído por medios mecanizados que puedan causar un impacto irreversible 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 propiedades¹⁷”, 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 venda 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.

9

No existe, por lo demás, consideración alguna en el proyecto, pero tampoco en la realidad de las conductas, que justifique que para el tipo de comportamientos que se criminalizan en el artículo 338 A propuesto, la pena sea más severa que las actividades mismas de exploración o explotación. En los términos en los que está planeada la norma, resulta ser más reprochable el comportamiento de comercializar los productos de la explotación que la explotación misma, con lo cual se revela que el propósito de los autores del proyecto -una vez más- no está relacionado con la protección del medio ambiente o los recursos naturales, sino la persecución de las ganancias que a través de la denominada minería criminal están obteniendo los grupos de criminalidad organizada.

¹⁷ Glosario Técnico Minero, Ministerio de Minas y Energía.
Bogotá D.C., Colombia

Ahora bien, de acuerdo con la estructura del Código Penal actual, parece innecesario crear un tipo penal como el propuesto, en razón de que la conducta prevista en el artículo 338 A encuentra adecuación típica en el delito de concierto para delinquir (cuando quien realiza los comportamientos previstos en el tipo lo hace como parte de la asociación criminal), o en el de receptación (cuando el autor de la conducta no ha participado en el hecho delictivo de exploración o explotación con impacto irreversible en los recursos naturales o el medio ambiente).

2.5. La modificación del tipo penal de lavado de activos

El artículo 15 del proyecto propone una modificación simple del tipo penal de lavado de activos (artículo 323 de la Ley 599) simplemente para introducir dentro de los delitos base de esta descripción a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, con el fin de hacer congruente el espíritu general de las disposiciones propuestas, en razón de que los delitos del Título XI del Código Penal no aparecían mencionados en el artículo 323.

No obstante que la reforma resulta loable dentro del marco general del proyecto, el Consejo Superior de Política Criminal considera que es menester reflexionar sobre la conveniencia de introducir el Título XI con todas sus descripciones típicas como elemento base del lavado de activos, pues algunas de ellas ni siquiera generan rendimiento económico y otras pueden no ser de tal gravedad que ameriten su mención dentro de la disposición propuesta. Una mejor técnica legislativa puede conducir a que se mencione específicamente el artículo 338 y los demás que puedan corresponder a las intenciones de los redactores del proyecto.

10

Una segunda observación sobre este artículo tiene que ver con el contenido de la expresión *“o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”* que se reintroduce en el texto legal a pesar de que fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-191 de 2016¹⁸, razón por la que no puede ser reproducida en la ley.

¹⁸ Según el comunicado de la Corte Constitucional, esta norma fue declarada contraria a la Constitución por violar el principio de tipicidad estricta: “Sin embargo, en relación con la expresión “realice cualquier otro acto” prevista en la tipificación del lavado de activos, la Corte procedió a declararla inexecutable por tratarse de una disposición indeterminada que desconoce el principio de legalidad estricta que exige la tipificación de las conductas punibles, como quiera que el legislador no puede dejar en cabeza del fiscal y del juez penal la identificación de nuevas conductas que puedan encuadrar en ese delito. La apertura a comportamientos reprochables no definidos por el legislador, resulta contraria al principio de legalidad en su componente de ley cierta”.

Bogotá D.C., Colombia

2.6. La modificación del tipo del artículo 345 de la Ley 599

Bajo el artículo 345 del Código Penal se tipifica el delito denominado “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”. En esta ocasión se propone adicionar un inciso del siguiente tenor: La pena señalada se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando alguna de las conductas descritas se realice con fondos, bienes o recursos que tengan su origen directo o indirecto en actividades de exploración o explotación ilícita de minerales”.

La exposición de motivos del proyecto, sin embargo, no hace explícitas las razones de esta agravante, ni diferencia esta conducta de financiación de otras que pueden realizarse a favor de los grupos armados o de los terroristas. En principio, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la conducta descrita en el tipo proviene, generalmente, de conductas de gravedad similar a las actividades de exploración o explotación ilícita de minerales (tráfico de sustancias estupefacientes, tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas militares) o de comportamientos aun más graves (secuestro extorsivo), razón por la que no encuentra justificable la agravación del tipo propuesta en el texto bajo su estudio.

2.7. La medida especial de destrucción de maquinaria

El artículo 9 del proyecto establece la medida de destrucción de maquinaria como una forma especial de impedir la continuidad del delito de exploración o explotación ilícita de minerales. Llama la atención que en este evento no se diferencie entre la maquinaria pesada utilizada en las labores de exploración y explotación a las que se refiere el artículo 338 del Código Penal, sino que, en general, se autoriza la destrucción de las utilizadas “sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional y sin licencia ambiental o sus equivalentes”, de forma que puede operar frente a cualquier maquinaria en las condiciones dichas.

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 artículo 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

Bogotá D.C., Colombia

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

cuando se incurra en errores sobre los presupuestos de la destrucción. Por esta razón, el Consejo sugiere revisar a profundidad el tema.

2.8. La conducta que se pretende criminalizar

Llegados a este punto, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que en el proyecto de ley lo que se pretende es dotar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de herramientas eficaces para la persecución de las bandas de delincuencia organizada que se dedican a la denominada “minería criminal”, no de medios jurídicos encaminados a la protección del medio ambiente o de los recursos naturales, como quiera que si se tratara de proteger este último bien jurídico, debería pensarse en criminalizar la minería autorizada por el Estado que produzca un daño irreversible en el ambiente o los recursos o, la minería legal que exceda las autorizaciones legales para la exploración o la explotación, o aquella que utilice medios no autorizados en su actividad.

Para estos efectos, si bien es posible que se requieran algunas reformas legales – que en todo caso deberían hacerse atendiendo a las observaciones anteriormente destacadas-, lo primero que es necesario aclarar es a qué tipo de actores va dirigida la norma -mediante las definiciones legales que sea preciso introducir en la ley- para evitar que el desarrollo de las actividades que se emprendan con este fin terminen criminalizando secundariamente a los pequeños mineros (minería de subsistencia y minería informal).

12

Conclusiones

El Consejo Superior de Política Criminal recomienda que antes de presentar a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley que se estudió, se hagan ajustes sustanciales en materia de: (i) definición estricta de los sujetos a quienes van dirigidas las disposiciones penales; (ii) revisión y ajuste de los conceptos que se incluyen en el proyecto como definiciones, a fin de adecuarlas a los propósitos de las normas propuestas y al lenguaje técnico minero; (iii) revisar detenidamente las reformas propuestas al artículo 338 del Código Penal, a fin de redactarlo con una adecuada técnica legislativa, restringir su marco de aplicación a la minería informal y de subsistencia, y modificar las expresiones que presentan dificultades de interpretación o de aplicación en la práctica; (iv) mejorar la tipificación o suprimir el contenido del artículo 338 A que se propone como un nuevo delito en el Código Penal; (v) suprimir del articulado del proyecto la expresión que, respecto del delito de lavado de activos, declaró inexecutable la Corte Constitucional; (vi) examinar la posibilidad de reformar la medida especial de destrucción de maquinaria mediante la intervención de la autoridad judicial y con procedimientos que no la tornen inoperante en la práctica; (vii) en caso de que se

Bogotá D.C., Colombia

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

persista en la creación del tipo penal identificado bajo el número 338 A, se debe revisar la pena asignada a la conducta, con el propósito de que no sea más grave que la prevista para el artículo 338, y (viii) definir específicamente la población objeto de las medidas penales, con el fin de que no sean destinatarios los mineros que hacen de esta actividad una forma de subsistencia, o que se encuentran en situación de informalidad.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

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

Elaboró: Iván González Amado. DPCP/MJD
Aprobó: Comité Técnico del CSPC