



Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

1.

Bogotá, D.C., 28 de abril de 2020

Honorable Representante:

**JUAN CARLOS LOZADA VARGAS**

Presidente

Comisión Primera

Cámara de Representantes

[atencionciudadanacongreso@senado.gov.co](mailto:atencionciudadanacongreso@senado.gov.co)

Carrera 7 No. 8-68 Primer piso.

Teléfono: 4325100

Bogotá D.C.

Asunto: Comentarios a la propuesta de Proyecto de Ley número 283 de 2019 Cámara “Por medio del cual se sustituye el Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la ley 599 del 2000”.

Respetado Doctor Lozada.

En atención al proyecto de Ley del asunto, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en el marco de sus competencias, de acuerdo con lo previsto por el Decreto-ley 3573 de 2011, sobre el apoyo a la reglamentación en asuntos ambientales y a la emisión de conceptos sobre los proyectos de Ley y de reglamentos que tengan relación con las competencias de esta Autoridad, pone a su consideración algunas observaciones derivadas del análisis efectuado al documento.

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

## I. CONSIDERACIONES FRENTE A LA NORMATIVA.

En este orden de ideas, en la siguiente tabla se harán algunas reflexiones a cada artículo en particular, de la siguiente manera:

### 1.1 Comentarios a la parte motiva al proyecto de Ley:

Sobre este particular, procederemos a comentar algunos aspectos que consideramos relevantes para que se tengan en cuenta dentro del trámite legislativo:

En cuanto al objeto del proyecto de Ley, la modificación planteada en el proyecto de ley implica:



Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

1. Juicio de valor negativo, exclusivamente de resultado (Desvalor de resultado), en desmedro de una eventual tentativa: *“permitiendo valorar la sanción de acuerdo al Impacto Ambiental (IA)”*. En este punto es importante que se tenga en cuenta que este tipo de concepción del delito ambiental, excluye de plano los delitos de peligro, que son necesarios para la protección del ambiente y los recursos naturales de riesgos ambientales de ciertas conductas humanas que *per se* no causan impactos, pero sí riesgos significativos para el bien jurídico protegido.
2. La aplicación de un sistema tarifario para la valoración de las pruebas: *“estableciendo de manera coherente y armónica unos mínimos y máximos punitivos, tanto en tiempos como en multas”*.

Por otra parte, respecto a los antecedentes jurídicos (pág. 5), se sugiere matizar la expresión: “Dando así la certeza de que la política criminal compete exclusivamente al legislador, quien debe dar alcance a la protección y conservación del derecho al ambiente sano”. En los términos que la jurisprudencia citada señala exclusivamente del legislador: *“trazar la política criminal del Estado y determinar cuáles conductas constituyen delitos y cuáles contravenciones”*. Lo anterior, teniendo en cuenta la definición amplia de “Política Criminal” y la existencia del Consejo Superior de Política Criminal.

Adicionalmente, en cuanto a la propuesta de actualización del proyecto (Pág.9), respecto de “2) *Ajustar la terminología utilizada en los tipos penales en blanco, para que no se contradigan con los Decretos 2811 de 1974, 1608 de 1978, 1715 de 1978, 4688 de 2005, 2372 de 2010 y las Leyes 84 de 1989, 99 de 1993 y 685 del 2001, unificando de esta manera el lenguaje técnico sobre la materia*”. Consideramos que este asunto debe ser tratado y analizado como un tema fundamental, ya que la Ley 599 de 2000 debe ser muy precisa respecto a la remisión normativa frente a las definiciones y regulación ambiental, ya que esta es eminentemente técnica y científica.

Es decir, el Código Penal no debería abordar el detalle técnico que debe tener la normativa ambiental, pues para ello existe la categoría dogmática de los tipos penales en blanco. Así por ejemplo, si el código penal pone como condición fáctica para que una conducta sea considerada delito el hecho de que ésta se ejecute incumpliendo la normativa aplicable, debe haber una revisión obligada de dicha normativa. Adicionalmente, la normativa ambiental es dinámica en la medida en que atiende al riesgo tecnológico y debe actualizarse de acuerdo con los avances de la ciencia y la técnica para las actividades que representan riesgo para el ambiente y los recursos naturales.

En este mismo aparte, se reitera que los delitos contra el ambiente no admitirían la modalidad de tentativa: *“7) Modificar la metodología empleada para la determinación de la sanción a aplicar, supeditándola específicamente al Impacto Ambiental (IA) que la conducta tenga como consecuencia”*.

En cuanto a la *“creación de disposiciones comunes a todo el título”*, se sugiere que el legislador defina con claridad cuál va a ser el bien jurídico a tutelar o proteger y que esas disposiciones comunes efectivamente correspondan a satisfacer esa necesidad de tutelar ese bien jurídico.

Adicionalmente, respecto a la *“creación de nuevos capítulos al título”*. (Pág. 10), en especial los delitos contra los recursos agua y suelo, considera esta Autoridad Ambiental que legislador





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

debe regular específicamente, y al tiempo, tales aspectos en norma aparte, para que la remisión normativa que intenta hacer el proyecto se haga a una disposición específica y que no quede sujeta a interpretación del operador jurídico.

Por otro lado, en cuanto a lo dispuesto en el **“CAPÍTULO VIII: Impacto Ambiental (IA) (pág.11)** la ANLA considera que para hablar de impacto ambiental se requiere previamente tener definida la línea base del recurso natural antes de la intervención antrópica, de tal manera que los estándares técnicos de la investigación penal para llegar al conocimiento en grado de certeza de los elementos de un delito ambiental tendrían implicaciones para los investigadores de Policía Judicial, con los que no cuenta en este momento el Estado Colombiano y, en últimas, esa falencia investigativa se traduciría en mayor impunidad.

En cuanto a los tipos penales retirados – daño en los recursos naturales (pág. 12), se sugiere la expresión “concurso aparente de tipos” por concurso de delitos obligatorio. “En el caso práctico significa un concurso de delitos obligatorio, donde su configuración como delito autónomo se hace compleja”.

1. Además, en cuanto a los nuevos tipos penales adicionados En la exposición y justificación de los nuevos tipos penales, se tuvieron en cuenta los siguientes:

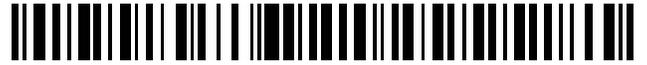
- i. Aprovechamiento ilícito de las aguas y sus recursos biológicos.
- iii. Aprovechamiento ilícito de los recursos de la tierra, del suelo y del subsuelo.
- iv. Aprovechamiento ilícito de los recursos de la fauna.
- ix. Aprovechamiento ilícito de los recursos de la flora.
- x. Deforestación.
- Xi Promoción y financiación de la deforestación.
- xii. Aprovechamiento ilícito de los recursos genéticos de la biodiversidad.
- xv. Fabricación, importación, exportación, tráfico o uso de plásticos.
- xvi. Aprovechamiento ilícito de residuos.

2. Se echa de menos, la motivación expresa de los siguientes tipos penales:

- i. Daño en coral.
- iii. Depósito o inyección de sustancias en el suelo.
- iv. Fracking.
- Vi Tráfico de fauna.
- vii. Aleteo.
- xii. Destrucción o alteración de hábitat.
- xiii. Alteración de paisaje.
- Xvi Financiación de invasión a áreas de especial importancia ecológica.
- xvii. Destinación ilegal de tierras establecidas.

Como ha resaltado la Corte Constitucional (Sentencia C-365/12) *“la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales”*.





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

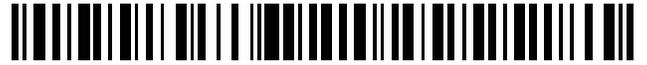
Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

En dicho sentido, la Ley Penal es “Última Ratio” que constituye un límite al poder punitivo del estado y está sujeta, entre otros a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, racionalidad y proporcionalidad, razón por la cual la creación o eliminación de tipos penales vigentes ha de estar sustentada con rigor.

## 1.2 Aspectos Particulares

Proyecto Normativo	Observaciones de la ANLA
<p>PL 283 de 2019. Pag 18.</p> <p>En cuanto a tipificar como delito la fabricación de plástico. Consecuencia de lo anterior, resulta necesario tipificar los delitos de &lt;Fabricación, importación, exportación, tráfico o uso de plásticos.&gt; y &lt;Aprovechamiento ilícito de residuos.&gt;. Toda vez que deben tomarse medidas inmediatas y urgentes en aras de mitigar la contaminación generada por este tipo de”.</p>	<p>Llevar a delito una actividad económica lícita de producción de plástico iría contra el principio de que el derecho penal es la <i>ultima ratio</i>, el ideal sería desincentivar la producción del mismo, pero no tipificar como delito la producción de este material. El Estado Colombiano ha avanzado en los programas de racionalización del uso de bolsas plásticas bajo una lógica económica dirigida a desincentivar el consumo. Pero esta política de Estado va dirigida principalmente a los plásticos de un solo uso.</p> <p>En cuanto al aprovechamiento ilícito de residuos, sería prudente incluir lo relativo a la normatividad internacional sobre la materia, como el convenio de Basilea sobre el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos.</p>
<p>PL 283 de 2019. Pag 19 <b>1) Circunstancias de agravación punitiva.</b> Todas las penas de cualquiera de los delitos en contra de los recursos naturales y el ambiente se aumentarán a la mitad cuando con su comisión: I) se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos, II) se ponga en peligro la salud humana, las especies de flora, fauna o su hábitat, y III) sea consecuencia de la acción o la omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia, esto quiere decir que para este tipo de delitos tiene lugar la denominada posición de garante”</p> <p><b>) Modalidad culposa.</b> Bajo la lógica utilizada por la Ley 1453 de 2011 para incluir en el Código Penal la modalidad culposa del delito de Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, la cual reza:</p> <p><i>“La contaminación ambiental que por culpa se ocasione al explotarse yacimiento minero o hidrocarburo es un hecho de común ocurrencia en nuestro medio, por ello se hace necesario extender el objeto de reproche penal a esta clase de comportamientos</i></p>	<p>Para que se configure la denominada posición de garante, en términos de la H. Corte Constitucional en Sentencia C-1184 de 2008, esta solo procedería cuando una persona se encuentre en una situación <i>“en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.</i></p> <p>En cuanto a la modalidad culposa es de aclarar que la culpa procede por negligencia, imprudencia o impericia del sujeto activo del tipo penal, para la definición de este tipo penal recalamos la necesidad de que exista línea base del estado del recurso antes del proyecto, para determinar así si efectivamente se configuró daño ambiental, ya que si es esta conducta una mera contravención normativa, se cuenta con el proceso sancionatorio ambiental establecido en la Ley 1333 de 2009, para sancionarlo y prevenir, mitigar o compensar este pasivo ambiental, en atención a que el derecho penal es la <i>ultima ratio</i> que prevé el ordenamiento jurídico colombiano.</p> <p>De otra parte,</p> <p>1. El texto citado entre comillas (34) no hace parte de la Ley 1453 de 2011. (Sería el artículo 339 que admite la modalidad culposa en el delito de Contaminación (Artículo 332 y ss).</p>





**Radicación: 2020065438-2-000**

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

Proyecto Normativo	Observaciones de la ANLA
	<p><i>“La contaminación ambiental que por culpa se ocasione al explotarse yacimiento minero o hidrocarburo es un hecho de común ocurrencia en nuestro medio, por ello se hace necesario extender el objeto de reproche penal a esta clase de comportamientos”.</i></p> <p>2. Teniendo en cuenta la generalización de la modalidad culposa para todos los tipos penales, se avizora la dificultad en la eventual adecuación típica de delitos como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-“Promoción y financiación de la deforestación” o,</li> <li>-“Financiación de invasión a áreas de especial importancia ecológica”.</li> </ul> <p>¿Cómo podría “promocionarse” o “financiarse” culposamente?</p>





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remite: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

Proyecto Normativo	Observaciones de la ANLA
<p>PL 283 de 2019. Pag 23: "6.5.2 LA SANCIÓN DE ACUERDO AL IMPACTO AMBIENTAL (IA)" Actualmente los delitos en contra de los recursos naturales y el ambiente acarrear consecuencias penales por el hecho de ejecutar el verbo rector aunado con los elementos subjetivos y normativos del tipo objetivo.</p> <p>La gravedad de la conducta solo se tiene en consideración por parte del juez penal al momento de establecer el monto de la pena y de la multa, lo anterior de acuerdo con el sistema de cuartos que señala el artículo 61 de la Ley 599 del 2000, con base en las conductas descritas en los artículos 55 y 58 del mismo código, tal y como lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.<sup>1</sup></p> <p>Sin embargo, 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.</p> <p>Es menester que la determinación de la pena esté supeditada y se establezca de acuerdo con el Impacto Ambiental (IA) que efectivamente produzca el delito.</p> <p>Es por esto por lo que, el presente proyecto, desea innovar en cuanto a la determinación de la pena a imponer de acuerdo al Impacto Ambiental (IA).</p> <p>Para lo cual se requiere que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible determine la metodología que se utilizará para valorar el Impacto Ambiental (IA), de acuerdo a unos mecanismos objetivos que tengan como resultado una cifra numérica entre 1 y 100 (Como es el caso de la metodología cualitativa), que permitan que en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso, tanto el ente acusador, como el fallador puedan</p>	<p>Pareciera establecerse sistema de tarifa legal para la valoración probatoria y el análisis de punibilidad, con el eventual conflicto de legalidad que ello traería, desconociendo el sistema de sana crítica operante en nuestro sistema (Artículo 176 C.G.P)</p> <p><i>"Es menester que la determinación de la pena esté supeditada y se establezca de acuerdo con el Impacto Ambiental (IA) que efectivamente produzca el delito.</i></p> <p><i>Es por esto por lo que, el presente proyecto, desea innovar en cuanto a la determinación de la pena a imponer de acuerdo al Impacto Ambiental (IA).</i></p> <p><i>Para lo cual se requiere que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible determine la metodología que se utilizará para valorar el Impacto Ambiental (IA), de acuerdo a unos mecanismos objetivos que tengan como resultado una cifra numérica entre 1 y 100 (Como es el caso de la metodología cualitativa), que permitan que en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso, tanto el ente acusador, como el fallador puedan determinar la gravedad de la conducta punible y la pena a imponer, de acuerdo al Impacto Ambiental (IA) ocasionado".</i></p> <p>En este punto es importante mencionar que en materia penal y principalmente en un esquema de investigación con tenencia acusatoria, no es aceptable un sistema probatorio de tarifa legal. Debe permitirse la libertad probatoria, con el cual no es compatible la rigidez de tener una sola metodología para probar el impacto ambiental en un proceso penal.</p>

<sup>1</sup> Sentencia C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

Proyecto Normativo	Observaciones de la ANLA
<p>determinar la gravedad de la conducta punible y la pena a imponer, de acuerdo al Impacto Ambiental (IA) ocasionado.</p>	
<p>PL 283 de 2019. Pag 27 Pliego de modificaciones:</p> <p><b>ARTÍCULO 329C. Fracking.</b> El <i>que</i> 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.</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 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.</p>	<p>En este punto consideramos que se debe tener en cuenta las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado y el Gobierno Nacional sobre la materia, permiten que el control del eventual desarrollo de esta actividad esté sometido a los controles administrativos a que haya lugar.</p> <p>Por tanto, consagrar el fracking como delito, <i>per se</i>, implicaría que el ámbito penal va mucho más allá del alcance que dogmáticamente tiene. Es decir, violaría el criterio de derecho penal mínimo porque la intervención estatal actual sobre la materia, es suficiente para la protección del bien jurídico tutelado. Es decir, no es necesaria la intervención penal.</p>
<p><b>ARTÍCULO 330BA. Caza ilegal.</b> El que sin permiso de autoridad competente o con <b>incumplimiento de infringiendo</b> las normas <b>vigentes existentes</b>, cazare en época de veda o excediere el número de piezas permitidas, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>En la misma pena incurrirá quien realice caza deportiva</p>	<p>La caza deportiva muchas veces es autorizada por el Ministerio de Ambiente para el control de poblaciones, se considera pertinente modular esta disposición.</p> <p>Decreto 1076 de 2015:</p> <p>DE LA CAZA DEPORTIVA ARTÍCULO 2.2.1.2.9.1. Caza deportiva. La caza deportiva es aquella que se practica como recreación y ejercicio, sin otra actividad que su realización misma; por tanto no puede tener ningún fin lucrativo.</p> <p>ARTÍCULO 2.2.1.2.5.4. Ejercicio de la caza. Para el ejercicio de la caza se requiere permiso, el cual, atendiendo a la clasificación de caza que establece el artículo 252 del Decreto Ley 2811 de 1974, podrá ser de las siguientes clases: 1. Permiso para caza comercial 2. Permiso para caza deportiva 3. Permiso para caza de control 4. Permiso para caza de fomento. (Decreto 1608 de 1978 Art.57).</p>





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

Proyecto Normativo	Observaciones de la ANLA
<p><b>ARTÍCULO 333. Aprovechamiento ilícito de recursos genéticos de la biodiversidad.</b> El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de las normas vigentes se apropie, introduzca, explote, transporte, exporte, mantenga, trafique, comercie, aproveche, explore, valorice, transforme o le beneficie a cualquier título de los recursos genéticos de la flora o la fauna, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de sesenta (60) a ciento veinte (120) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>Se considera pertinente incluir como verbo rector el registro de la especie en oficinas de patentes en Colombia o en el extranjero, para luchar contra el fenómeno de la biopiratería, protegiendo de forma efectiva el bien jurídico tutelado que es la biodiversidad.</p> <p>De igual forma, al ser un tipo penal en blanco se debería hacer una expresa remisión normativa a la decisión andina 391 y al documento conpes 3697, debido a la especificidad de la materia.</p>
<p><b>ARTÍCULO 329A. Depósito o inyección de sustancias en el suelo.</b> El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de las normas vigentes realice inyección o depósito de sustancias que generen daños en el ambiente, en el suelo o en el subsuelo, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en la pena establecida en el inciso siguiente:</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 cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.</p>	<p>Este artículo prácticamente genera dos tipos penales para la actividad de fracking, generando un posible concurso aparente de delitos.</p> <p>Adicionalmente, en el título II de este documento se hace un análisis sobre la conveniencia de tipificar esta actividad como delito.</p>

## II. CONVENIENCIA DEL PROYECTO DE LEY

Para realizar un análisis de la conveniencia jurídica del proyecto de ley objeto del presente pronunciamiento, dada la materia que el mismo pretende regular, resulta necesario realizar un análisis del concepto que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como “política criminal”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> En la sentencia C-646 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional hizo la siguiente caracterización del concepto de política criminal: “Es esta el conjunto de respuesta que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variable índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alentar a las autoridades cerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural como cuando se adoptan campañas publicitarias





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

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

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

De lo anterior se colige que el concepto de política criminal no puede circunscribirse exclusivamente al ámbito de la represión penal, esto es, al delito y la pena. Por el contrario, ésta comporta un conjunto de estrategias normativas o no, diseñadas por el aparato estatal para enfrentar fenómenos que son considerados como causantes de perjuicio social<sup>3</sup>.

Ahora bien, bien es sabido que, en virtud de la cláusula general de competencia normativa que le corresponde al Congreso de la República, derivada de los artículos 114 y 150 de la Constitución, éste órgano dispone de la potestad de desarrollar los mandatos superiores a través de la expedición de disposiciones legales, lo que incluye la facultad de desarrollar las políticas públicas, entre ellas el diseño de la política criminal del Estado<sup>4</sup>, lo que comporta la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, la naturaleza y el monto de las sanciones y el procedimiento a través del cual se imponen y ejecutan.

Con fundamento en esta atribución al órgano legislativo se le reconoce en materia penal una competencia exclusiva y amplia que encuentra pleno respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior). Con base en esta potestad, el legislador

---

*por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente puede ser administrativas cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”.*

<sup>3</sup> Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales y Teoría General. Sexta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., pág.198.

<sup>4</sup> Sobre el particular puede consultarse Sentencias C-070 de 1996, C-592 de 1998, C-551 de 2001, C-420 de 2002, C-034 de 2005, C-636 de 2009, C-334 de 2013 y C-368 de 2014.





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

en materia penal puede crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones a las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social.<sup>5</sup>

No obstante, esta potestad legislativa, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho no resulta ser ilimitada, toda vez que, el ejercicio de la misma implica la expresión del ejercicio del poder público, materializado en el *ius puniendi*<sup>6</sup>. En cuanto al libre margen de configuración del Legislador en materia penal, en la sentencia C-365 de 2012, nuestro tribunal constitucional, sistematizó estos límites constitucionales, los cuales se sintetizan a continuación:

- I. **Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos:** derecho penal implica valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección, las conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para atribuir responsabilidad al sujeto activo y el *quantum* de la sanción aplicable.
- II. **Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal:** En virtud de este principio, el derecho penal se enmarca dentro del principio de mínima intervención, conforme al cual el *ius puniendi* debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. No existe obligación para el Estado de sancionar penalmente todas las conductas reprochables, de tal suerte que:

*“(...) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia*

---

<sup>5</sup> En este punto la Corte Constitucional en sentencia C-259 de 2016 dispuso: “(...) nótese cómo en un Estado democrático de derecho se considera que la definición de aquellos comportamientos que deben ser entendidos como infracciones penales corresponde al legislador. En efecto, dada su condición de órgano de representación popular es en su interior y mediante el desarrollo de un proceso de formación legislativa, en donde se construyen y promulgan las normas que regulan la conducta de los habitantes y se disponen aquellas actuaciones que tienen la entidad de comprometer la realización del derecho a la libertad personal. Es por ello que, más allá de la cláusula general de competencia que tiene el Congreso para expedir leyes, a la cual se refiere los artículos 114 y 150 del Texto Superior, su participación obligatoria en la fijación de los actos u omisiones de mayor importancia que afectan a la sociedad, aparece en el artículo 28 de la Carta, al establecer el principio de reserva legal en materia punitiva. Al respecto, la norma en cita dispone que: “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”

<sup>6</sup> “El *ius puniendi* aparece como uno de los instrumentos que configuran el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado constitucional para reaccionar ante el fenómeno criminal. Se trata del brazo fuerte de la ley[29] que le permite al Estado intervenir legítimamente y de manera intensa sobre determinados bienes jurídicos como la libertad, frente a comportamientos considerados por la sociedad como reprochables y que merecen una sanción punible, de ahí que su utilización deba hacerse como ultima ratio y bajo estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad.” Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2018.



Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

*legítima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”<sup>7</sup>*

III. **Principio de legalidad** Deber de observar el principio de legalidad tiene 3 dimensiones:  
i) reserva de ley en sentido material, puesto que la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del Legislador; ii) la definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca; y iii) la irretroactividad de las leyes penales, salvo su aplicación favorable.

IV. **Principio de culpabilidad** Conforme al artículo 29 Superior, el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo que implica que de acuerdo con el postulado del Estado Social de Derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.*”.

V. **Principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal** De acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales de las personas como la libertad y el debido proceso. En ese orden de ideas, la Corte ha manifestado que, si bien existe un margen amplio de configuración normativa del Legislador, la misma se encuentra limitada particularmente por los principios de racionalidad y proporcionalidad. En ese sentido:

*“Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención del delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que, si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales”<sup>8</sup>.*

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

Sobre el proyecto objeto de pronunciamiento, resulta pertinente analizarlo a la luz de los dos primeros límites constitucionales señalados anteriormente.

El proyecto de Ley número 283 de 2019 Cámara “*Por medio del cual se sustituye el Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la ley 599 del 2000*”, pretende la creación de nuevos tipos penales, tales como:

- Aprovechamiento ilícito de las aguas y sus recursos biológicos.
- Daño en coral.

<sup>7</sup> Corte Constitucional sentencias C-636 de 2009 y C-742 de 2012.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-247 de 2004





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

- Aprovechamiento ilícito de los recursos de la tierra, del suelo y del subsuelo.
- Depósito o inyección de sustancias en el suelo.
- Fracking.
- Aprovechamiento ilícito de los recursos de la fauna.
- Tráfico de fauna.
- Aleteo.
- Aprovechamiento ilícito de los recursos de la flora.
- Deforestación.
- Promoción y financiación de la deforestación.
- Aprovechamiento ilícito de los recursos genéticos de la biodiversidad.
- Destrucción o alteración de hábitat.
- Alteración del paisaje.
- Fabricación, importación, exportación, tráfico o uso de plásticos.
- Aprovechamiento ilícito de residuos.
- Financiación de invasión a áreas de especial importancia ecológica.
- Destinación ilegal de tierras establecidas.dentro de los que se destacan

Si bien la protección del medio ambiente como derecho colectivo e interés difuso merece todas las acciones por parte del Estado para protegerlo, revisados los nuevos tipos penales no se observa que la ponencia materia de estudio realice un análisis respecto de los límites constitucionales (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del legislador principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal), que el legislador debe acatar al momento de expedir normas relacionadas con el ius puniendi.

En relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la Corte Constitucional estableció que *“(...) la sanción punitiva de un comportamiento parte de la base de identificar cuáles son en realidad los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el nivel de gravedad del daño que dé lugar a la aplicación del ius puniendi y el quantum de la pena que debe aplicarse. En este contexto, la opción de criminalizar una acción u omisión implica que el Congreso de la República ha considerado que “para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal (CP art. 28). Sin embargo, en el Estado Social de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria”*<sup>9</sup>

Parafraseando a la Corte, es escenario supone que el elemento común que describe a cualquier sistema de imputación penal es el contenido de injusticia que se le atribuye a la conducta punible, o en otras palabras, su antijuridicidad. Ella ha sido entendida no sólo como la existencia de una prohibición o mandato contenido en la ley penal que califica a un determinado comportamiento como delito (antijuridicidad formal), sino también como la necesidad de que la agresión realizada suponga una afectación de un bien jurídico que impacte en los derechos de los otros o en la posibilidad de realizar algunos de los valores o principios que emanan de la Carta (antijuridicidad material).<sup>10</sup> De esta manera, en palabras de la Corte *“(...) la antijuridicidad es susceptible de*

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-387 de 2014.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-259 de 2016.





Radicación: 2020065438-2-000

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

*valoración por el legislador, en cuanto a la respuesta que se debe brindar por el derecho penal. Así, por ejemplo, cuando el daño social es de menor entidad, la conducta puede ser sancionada a través de las contravenciones y no de los delitos”<sup>11</sup>*

Sumado a lo anterior, se tiene que el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario<sup>12</sup>, fragmentario<sup>13</sup> y de ultima ratio<sup>14</sup> del derecho penal, parte de la idea que el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal sólo debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado.

Para el caso del proyecto de Ley en estudio no presenta un análisis que permita justificar que para la protección del bien jurídico “medio ambiente y recurso naturales” sea necesario acudir al derecho penal con la creación de estos nuevos tipos penales con su correspondiente impacto en la limitación a la libertad personal.

De esta forma, resulta claro que la sola creación de tipos penales per se no mejora la salvaguarda del bien jurídico que se pretende proteger con el respectivo tipo.

En este punto, tipos penales a incorporar como “fracking” y “fabricación, importación, exportación, tráfico o uso de plásticos”, desconocen el concepto de política criminal y los límites constitucionales del legislador en materia de configuración legislativa de carácter penal analizados en los párrafos anteriores, toda vez que, se criminalizan conductas que a juicio del autor no debería autorizar o permitir el Estado o simplemente no se deban realizar dentro del país, pero no se analiza, bajo un test de proporcionalidad, la necesidad de aplicar el derecho penal a las conductas consideradas como ilícitas en el proyecto de Ley.

En el caso del tipo penal “fabricación, importación, exportación, tráfico o uso de plásticos”, es conveniente anotar que en la Cámara baja se tramitó el Proyecto de Ley Número 123 de 2018, al cual esta entidad, en términos generales lo consideró conveniente.

En esa oportunidad, se recomendó adelantar los estudios que permitan considerar si los sustitutos del plástico de primer uso son una alternativa ambiental viable y que no generan problemas

<sup>11</sup> *Ibídem.*

<sup>12</sup> En virtud del carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico, el Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

<sup>13</sup> El carácter fragmentario del derecho penal se predica, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos

<sup>14</sup> Sobre el derecho penal como ultima ratio: “La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legítima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.” Corte Constitucional C-365 de 2012



**Radicación: 2020065438-2-000**

Fecha: 2020-04-28 19:09 Proceso: 2020065438 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.-DIRECCIÓN GENERAL

Destinatario: CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

adicionales y que indiquen cuál sería el impacto económico y social de la implementación de las medidas prohibitivas, como por ejemplo, pérdida de empleos, cierre de empresas, incremento de costos al consumidor final.

Por ello se ha indicado que, resulta más acertado incentivar el re-uso, reciclaje y destrucción del plástico, así como fomentar el nacimiento de industrias que produzcan elementos que puedan competir con los fabricantes de este material, en términos de costos y biodegradabilidad.

Tipificar esta conducta podría constituir un ejercicio excesivo del ius puniendi y desnaturalizar el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal.

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

Cordialmente,



**RODRIGO SUAREZ CASTAÑO**  
Director General

Copia para: No.

Anexos: No.

Medio de Envío: Correo Electrónico

Revisó: --JOSE VICENTE AZUERO GONZALEZ (Contratista)  
DANIEL RICARDO PÁEZ DELGADO (Jefe Oficina Asesora Jurídica )  
JOSE VICENTE AZUERO GONZALEZ (Contratista)  
DANIEL RICARDO PÁEZ DELGADO (Jefe Oficina Asesora Jurídica )  
DANIEL RICARDO PÁEZ DELGADO (Jefe Oficina Asesora Jurídica )  
Proyectó: DANIEL FELIPE DIEZ FLOREZ

Fecha: 25/02/2020

Archívese en: OAJ.

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

