



Bogotá D.C.,

Doctora

**AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO**

Secretaria Comisión Primera de Cámara

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8 – 68

Bogotá D.C.

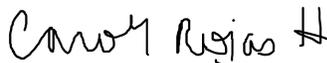
Asunto: Concepto del Ministerio de Minas y Energía frente al Proyecto de ley No.283 de 2019.

Respetada doctora Amparo:

De manera atenta remitimos el concepto del Ministerio de Minas y Energía frente al Proyecto de ley N° 283 de 2019 de Cámara *“Por medio del cual se sustituye el título XI de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”* cuyo autor es el Honorable Representante Juan Carlos Lozada Vargas.

Cualquier inquietud adicional con gusto será atendida.

Cordialmente,

  
**CAROLINA ROJAS HAYES**  
Viceministra de Minas

  
**DIÉGO MESA PUYO**  
Viceministro de Energía

Anexos: cinco (5) folios

Copia: Despacho Ministro

Compiló: Mónica Céspedes Salcedo

Revisó y aprobó: Alberto Bocanegra Palacio

Revisó y aprobó: Luisa Fernanda Bacca Benavides

Revisó y aprobó: Lucas Arboleda Henao

Revisó y aprobó: Jhon Leonardo Olivares

Revisó y aprobó: José Manuel Moreno

Revisó y aprobó: Miguel Lotero Robledo

Revisó y aprobó: María Paula Moreno /Elkin Javier Casas/ Nohora Ordoñez Vargas

TRD: (1.80.223)

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



## **CONCEPTO DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA FRENTE EL PROYECTO DE LEY N° 283 DE 2019 CÁMARA DE REPRESENTANTES, “POR MEDIO DEL CUAL SE SUSTITUYE EL TÍTULO XI DE LOS DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE” DE LA LEY 599 DE 2000”**

- **Consideraciones Generales**

Esta propuesta legislativa tiene por objeto sustituir el Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” Capítulo Único del Código Penal vigente. Al respecto considera este Ministerio que lo pretendido es inconveniente e inconstitucional por las razones que se expondrán y que esperamos sean tenidas en cuenta durante la discusión del mismo.

- **Análisis del articulado**

**Artículo 328.** Al respecto, considera este Ministerio que la modificación pretendida mezcla el recurso hídrico y los componentes biológicos, por lo tanto, se sugiere diferenciar entre el recurso y los seres vivos que habitan en él, por tener un tratamiento diferente, además porque las cargas probatorias técnicamente deben ser diferentes.

Dentro del proyecto de ley no se excluye ningún tipo de recurso, por el contrario, se enmarcan en este los diferentes recursos de los cuerpos de agua y los organismos que allí habitan. La sugerencia al respecto es no combinar en un mismo artículo las medidas para el recurso hídrico, con aquellas para el recurso biológico.

Además de lo anterior consideramos que es contraproducente, bajo aspectos técnicos y jurídicos, establecer que si la conducta tuviere como consecuencia un impacto ambiental igual o superior a 25 IA, la pena será de prisión, ya que técnicamente no se sabe si 25 IA es un límite razonable para el sector minero-energético, por lo que en aras de atender los principios que emanan del derecho penal, considera este Ministerio que es indispensable un estudio técnico que demuestre el porqué 25 IA es el límite razonable, toda vez que este indicador no puede ser arbitrario, especialmente para la adopción de medidas penales, las cuales de conformidad con lo que se ha desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deben corresponder a medidas de última instancia y como última consecuencia.

Asimismo, se debe tener presente el concepto de impacto ambiental, el cual de acuerdo al Decreto 2041 de 2014 compilado en el Decreto 1076 de 2015 es “cualquier alteración en el medio ambiental biótico, abiótico y socioeconómico, que sea adverso o beneficioso, total o parcial que pueda ser desarrollado por un proyecto, obra o actividad”. Por lo que, el señalar que los delitos se darán cuando se produzca un impacto no deja claro el alcance del mismo. Es por lo anterior, que en el proceso sancionatorio se considera infracción cuando se da un incumplimiento normativo o se genera un daño ambiental. En este sentido, se considera que los delitos, no deben generarse por los impactos como tal, sino por aquellos que se constituyen en un daño ambiental.

CR

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.

Página 1 de 11



Este artículo incluye adicionalmente, que si “[l]a pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se desvíe, destruya, inutilice o haga desaparecer los cuerpos hídricos o sus recursos biológicos”. En esta parte reiteramos que no se deben combinar las medidas para el recurso hídrico con el biológico en el mismo artículo. Consideramos igualmente, que la redacción de dicho aumento de la pena también podría ser inconstitucional, en la medida en que no describe una conducta objetiva y verificable, sino que se trata de una conducta indeterminada y subjetiva, que podría no cumplir con los estándares fijados para el efecto de una norma penal, por parte de la Corte Constitucional.

**El artículo 329.** El Ministerio considera que el delito solo se debe dirigir contra los recursos del subsuelo en virtud al artículo 332 de la Constitución, el cual establece que el Estado es propietario de este y de los recursos naturales no renovables, por lo cual es conforme a ello que se debería configurar el delito, y no en lo que se refiere a los recursos naturales.

Reiterando lo expuesto arriba en relación con el límite de 25IA, consideramos que lo anterior no puede ser consagrado en esta norma desconociendo preceptos constitucionales y técnicos, y por lo tanto es necesario que no sea tomado como una media arbitraria ni subjetiva. Es por esto que este Ministerio sugiere que las medidas que se pretendan adoptar sean enmarcadas en los principios consagrados en los artículos 3 y 10 del Código Penal colombiano. Es necesario tener en cuenta que los valores se ajustan según la metodología utilizada, lo que repercute en la excesiva subjetividad para la valoración del tipo penal en cada caso concreto; adicionalmente, deben ser claramente diferenciables de los impactos acumulativos, sinérgicos y residual.

Por último, la jerarquía de la mitigación desaparece al establecer que la pena se aumentará si la conducta destruye, inutiliza o hace desaparecer el suelo, subsuelo o sus recursos naturales, o se altere o destruyan acuíferos, lo cual adicionalmente, es muy difícil de probar.

El aprovechamiento de recursos naturales no renovables merece ser tratado de forma independiente o específica, dadas la singularidad de su reglamentación y la naturaleza de las actividades y autorizaciones que se requieren para su adecuada realización. No todos los recursos naturales no renovables, como los minerales provienen de la tierra, en Colombia tenemos explotaciones de sal que se obtienen del mar. Es deseable que la norma contemple el deterioro de los yacimientos, la esterilización de reservas y el no pago de las regalías que deben ser canceladas por su extracción como causales de agravación.

**El artículo 329 A.** Esta disposición genera inseguridad jurídica para el sector minero energético, en el sentido que aunque señala que el delito se genera por conductas que se adelanten sin permiso de autoridad competente o por el incumplimiento de las normas vigentes, no es claro a qué se refiere con “autoridad competente”, esto es, si se refiere a quien otorga la licencia ambiental, a quien suscribe el contrato y tiene funciones de fiscalización, a una autoridad específica que autorice la inyección o depósito de sustancias en el subsuelo, a las entidades territoriales, etc.



En el mismo sentido, el proyecto de artículo establece conductas indeterminadas ya que no identifica cuál es la regulación que se debería aplicar, es decir, si se refiere a una regulación específica referente a la inyección o depósito de sustancias al suelo o al subsuelo, o si hace referencia a la regulación general de actividades que tengan que ver con lo anterior.

Se identifica conforme a lo anterior, que tal indeterminación jurídica, especialmente en el ámbito penal, genera problemas técnicos y jurídicos, en el sentido que cuando se establecen delitos, la conducta tipificada no puede ser etérea u subjetiva, ya que las empresas y personas que podrían ser sujetas de la sanción, deben conocer con claridad cuáles son las conductas que podrían ser sancionadas penalmente. La imprecisión no sólo hace que el proyecto de ley pueda ser inconstitucional, sino que también genera un desincentivo para la industria minero-energética, como consecuencia de la falta de certeza jurídica para el desarrollo de actividades asociadas a esta, especialmente en el ámbito penal.

**Artículo 329B.** Se reitera en el estudio de este artículo, en nuestra consideración, es necesario que exista un estudio técnico que demuestre que dicho límite tiene un fundamento razonable y no arbitrario, teniendo en cuenta qué, como se ha mencionado anteriormente, las sanciones penales, como medidas de última instancia, deben tener concordancia con elementos fundados y estudiados.

Por otro lado, sugerimos que este artículo tenga en cuenta lo consagrado en el capítulo XVII de la ley 685 de 2001 Código de Minas, artículos 159 y 160, por lo que sugerimos que la redacción sea la siguiente:

Exploración y explotación ilícita. La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin correspondiente título minero vigente o sin autorización del titular de dicha propiedad.

Aprovechamiento ilícito. El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero. En estos casos el agente será penalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código Penal, exceptuando lo previsto en este código para la minería de barequeo.

En este sentido es de recordar que los yacimientos de minerales en los lechos y/o cauces de los ríos no solo hacen referencia a los materiales de arrastre y/o materiales empleados en la construcción, también realizarse la explotación de metales preciosos, tal y como lo establece el Código de Minas; por lo tanto, la redacción podría generar confusión frente a las consecuencias de la explotación de estos minerales.

La Ley 685 de 2001 habla de minerales como arenas, gravas y las piedras yacentes en el cauce y orillas de las corrientes de agua, vegas de inundación y otros terrenos



aluviales en un sentido mas amplio, lo que implica la protección de estas zonas. Se habla también de forma genérica de corrientes de agua.

**Artículo 329C.** Al respecto considera esta cartera que el artículo no atiende los enunciados constitucionales, toda vez que el proyecto de ley está tipificando una conducta que explícitamente está reconocida y permitida por la Constitución Política de Colombia, esto es, la exploración y explotación de hidrocarburos, tal como se consagra en los artículos 334, 360 y 361 de la Carta Política. Así las cosas, aun cuando la Constitución no se refiere a una técnica específica, esta sí permite la exploración y explotación de los recursos del subsuelo.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha desarrollado extensamente el principio de que las sanciones penales para prevenir o sancionar cierta conducta, debe ser la última y la más extrema medida que debe utilizar el ordenamiento jurídico, por considerarse la consecuencia más gravosa que constitucionalmente puede infligir el Estado contra los derechos fundamentales de una persona.

Como soporte de lo anterior, también nos referimos al derecho penal y su carácter de *ultima ratio*, toda vez que interfiere con un bien jurídico fundamental y con gran relevancia dentro de los DDHH, tal y como lo es la libertad; es por esto que el poder punitivo del Estado, como medio de control social, tiene como límites la racionalidad, la proporcionalidad y (en términos más operativos) la eficiencia. Es tan así que la Corte Constitucional, en sentencias tales como la Sentencia C-365 de 2012, en la cual se expuso que *“(…)la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.”*

Así las cosas, encasillar una mayor cantidad de infracciones administrativas y volverlas punibles, contraría el principio de subsidiaridad del derecho penal y deslegitima su eficacia social puesto que en ultimas vuelve más inoperante el sistema.

Por otro lado, considera esta cartera que el artículo también puede ser inconstitucional en razón a un elemento adicional relacionado con el delito de la explotación de hidrocarburos a través del *“método del fracturamiento hidráulico”*, aun cuando existen muchas otras medidas (técnicas, administrativas, ambientales, entre otras), a través de las cuales se puede regular la explotación de hidrocarburos, independientemente de la *“técnica”* o del *“método”*.

Se tiene en ese orden que exploración y explotación de recursos naturales no renovables se puede y debe hacer de forma ordenada y cumpliendo estándares legales y regulatorios en términos razonables y según estándares técnicos y ambientales. Esto a su vez hace innecesario e irrazonable, y por lo tanto



inconstitucional, acudir al derecho penal para simplemente convertir la actividad en delito, existiendo formas legales y constitucionales de regular la misma, sobre lo cual debe señalarse adicionalmente, que el Consejo de Estado estableció con claridad que el Estado colombiano puede desarrollar proyectos piloto de fracturamiento hidráulico multietapa con perforación horizontal, para identificar la forma en que dicha técnica debe ser desarrollada en Colombia. Esto confirma con claridad que el desarrollo de la actividad, dentro de parámetros regulatorios, técnicos y ambientales, es acorde con la Constitución, y que acudir a considerar ello como un delito no es concordante con nuestro ordenamiento jurídico y con la forma en que el Estado debe intervenir en la economía.

La Sentencia SU 095 del 11 octubre de 2018 la Honorable Corte Constitucional reconoció los beneficios que aporta el sector minero energético para el desarrollo económico del país “(...) *en términos de aportes en dividendos, impuestos y regalías que tienen impacto en el Producto Interno Bruto –PIB–, la economía del país e inversiones sociales transporte, agua potable, deporte, educación, salud, gestión de riesgo, cultura, ciencia, tecnología e innovación, entre otros*”, agregando que es indispensable que estas labores se realicen bajo el principio de desarrollo sostenible con la participación de las comunidades y las autoridades locales para la debida ejecución y seguimiento de estas actividades, con el fin de lograr el beneficio y la satisfacción de las principales necesidades de las regiones.

Intrínseco en este fallo puede verse la imposibilidad de vetar la actividad hidrocarburífera en el país, debiendo observarse 13 criterios constitucionales que son: (i) participación ciudadana y pluralidad, (ii) coordinación y concurrencia nación territorio, (iii) **inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables**, (iv) diferencialidad/gradualidad, (v) enfoque territorial, (vi) legitimidad y representatividad, (vii) información previa, permanente, transparente, clara y suficiente; (viii) desarrollo sostenible, (ix) diálogo, comunicación y confianza, (x) respeto, protección y garantía de los derechos humanos, (xi) buena fe, (xii) coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial y (xiii) sostenibilidad fiscal.

Ahora bien, además de la prohibición de vetar la actividad hidrocarburífera, conforme a la decisión de la máxima jurisdicción constitucional, en el artículo cuarto de la citada Sentencia se exhortó *“al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.”*

De la mencionada orden de la Corte Constitucional se puede concluir que ni siquiera al legislador le está permitido vetar el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, bajo ninguna modalidad técnica; por el contrario, lo que le corresponde es regular la materia para lograr la participación de la comunidad y de las autoridades regionales, así como establecer los parámetros técnicos y ambientales necesarios para lograr que estas labores se lleven a cabo de manera sostenible, mitigando o conjurando cualquier daño que se pueda presentar con su ejercicio.



**Artículo 330.** Al respecto, el Ministerio reitera su consideración en el sentido de que no hay manera para calcular el impacto ambiental. Además de ello, en el inciso segundo donde se hace mención al aumento de la pena de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa en periodo de crecimiento de las especies hace más difícil la aplicación de la norma, teniendo en cuenta que no existe autoridad que centralice las funciones para determinar el periodo de crecimiento de todas y cada una de las especies.

**Artículo 331 A.** Considera el Ministerio que no hay claridad en esta norma, ya que la deforestación es ilegal, y se podría entender que esta práctica sería igual a la descrita anteriormente, relacionada con el aprovechamiento ilícito de los recursos de la flora. Además de lo anterior, otros temas como la extracción de leña, han sido contemplados principalmente como degradación del bosque, y no como deforestación, por lo que no hay claridad en el concepto.

También debe tenerse en cuenta que la definición de bosque natural consagrada en la norma no es clara, en el sentido en que este es el término adoptado por el IDEAM para hablar de este fenómeno, contando con su propia definición, por lo que no la consideramos concordante para su utilización en un tipo penal.

Reiterando los comentarios anteriores, insistimos en la necesidad de modificar o eliminar el inciso que se refiere a la consecuencia que se tendría por un impacto ambiental igual o superior a 25IA.

**Artículo 332.** En este se hace referencia al manejo ilícito de especies exóticas. Considera este Ministerio que no hay claridad en su aplicación, ya que hay especies exóticas que se consideran naturalizadas según resolución del Ministerio de Agricultura. Para las especies exóticas con potencial invasor, no se evalúa con metodologías de impacto ambiental, sino que se hacen análisis de riesgo, y con ellos se determina el potencial de invasión.

Así como existen algunas especies exóticas naturalizadas y que cuentan con una reglamentación para su producción y comercialización, también existen otras especies de carácter invasivo que han sido categorizadas como plagas y que generan impactos en las especies nativas del territorio nacional.

**Artículo 332 A.** Al respecto, el Ministerio presenta los mismos comentarios del artículo anterior. Esta norma refiere a organismos genéticamente modificados, y el trato de este tipo de especies es diferencial.

Debe tenerse en cuenta que no se define la manera en que se va evaluar la erosión genética de las especies.

**Artículo 333.** Este artículo sanciona el aprovechamiento ilícito de recursos genéticos de la biodiversidad y menciona “*introduzca, explote, transporte, exporte, mantenga, trafique, comercie, aproveche, explore, valorice (...)*”. Se observa en esta disposición que no hay claridad si implica el cuidado del gemoplasma nativo o no.

**Artículo 334.** Considera este Ministerio que es necesario definir en qué casos se considera que se presenta una alteración del hábitat, ya que la condición normal de los seres vivos es motivo de evolución. Además de lo anterior, el impacto



ambiental no es posible en un contexto biológico sometido al desconocimiento de las metodologías de impacto ambiental.

**Artículo 334 A.** Sugiere este Ministerio precisar la expresión “paisaje urbano o rural”, ya que no hay claridad a qué se refiere cada una, y existen más tipos de paisajes, como son los naturales, los selváticos, entre otros. Por estas razones, se aconseja aclarar el término de forma que se aclare el concepto de paisajes.

El paisaje bien puede ser modificado por procesos naturales: volcanismo, avenidas torrenciales, terremotos, tsunamis, entre otros. Luego, los paisajes cambian no solo por la acción del hombre., sino porque hacen parte del proceso evolutivo del planeta. Además, debe tenerse en cuenta que la Unidad de Planificación Rural - UPR, modifica los paisajes para responder a dinámicas de ordenamiento territorial y planificación de los territorios. Estos procesos de modificación se hacen con permiso de las autoridades competentes. Por este motivo no es clara la concordancia del artículo analizado, con este proceso de relacionado con las alteraciones del paisaje.

**Artículo 335.** Al respecto, esta cartera considera que no hay claridad en la conducta punible que se pretende sancionar, además de que las sanciones penales no pueden corresponder a conductas o elementos indeterminados como por ejemplo que con la conducta se “(...) contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, disposiciones o ruidos en el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, o demás recursos naturales incurrirá”. Considera este ministerio que la redacción anterior violaría el principio de tipicidad que se predica del derecho penal.

En este sentido, este artículo trata de expresiones y elementos genéricos como “contaminar”, “emitir”, “verter” “ruidos”. Las anteriores expresiones no dejan claridad a las personas y a la sociedad, sobre aquellas acciones que están prohibidas penalmente, en la medida que quien “emita un ruido al aire o la atmósfera” o quien “vierta un líquido en el agua terrestre” independientemente de cuál es el ruido o cuál es, por ejemplo, el líquido, podría ser considerado sujeto activo de este tipo penal.

En consecuencia, consideramos que el artículo es absolutamente contrario a la Constitución Política y a los principios desarrollados por la Corte Constitucional, en el sentido de que las sanciones penales deben ser un mecanismo absolutamente excepcional, de última instancia, residual y específico, para prevenir o castigar conductas, por lo que expresiones genéricas respecto de las cuales la sociedad no tenga certeza de cuál es la conducta penalizada, se deben considerar directamente inconstitucionales.

**Artículo 335A.** Atendiendo las razones antes expuestas, consideramos que este artículo es inconveniente por contradecir preceptos constitucionales.

Adicionalmente, el señalar una conducta que actualmente no se encuentra definida en la norma, como lo es señalar que “contamine” conlleva a una

CR



inconstitucionalidad, puesto que el hecho delictivo no se encuentra totalmente determinado, lo cual impide conocer lo que está o no permitido por la norma ambiental.

De igual manera, para el caso de residuos peligrosos en la normatividad se habla de una responsabilidad objetiva y solidaria que incluye toda la cadena en el marco del manejo del residuo peligroso.. Debe ser clara la norma penal en quién sería el responsable en materia penal, y cómo se determina dicha responsabilidad.

**Artículo 335B:** Se reitera lo expresado anteriormente relacionado con la contaminación. Recuérdese que la Ley 99 de 1993 y el Código de los Recursos Naturales permiten “contaminar “bajo límites, de esto se desprende todo un desarrollo de normatividad sobre límites máximos permisibles, pago de tasas retributivas y compensatorias.

Al respecto, y reiterando lo expuesto con anterioridad, señala esta cartera que no existe análisis o justificación del porqué se establece el límite del 25 IA. No se sabe con certeza cómo se estableció dicho criterio, o si se hizo un estudio previo acorde al mismo, para determinar esa cuantificación, pues hacerlo de una manera improvisada puede traer consecuencias negativas para el sector minero-energético. En la exposición de motivos, en el numeral 5.5.2., “*La sanción de acuerdo al Impacto Ambiental (IA)*”, se requiere al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que determine el método a utilizar para valorar el impacto ambiental, lo que hace aún más arbitraria la disposición penal, pues establece en el proyecto de ley una cuantificación respecto de la cual no hay claridad sobre si es permisible o no.

Existe un procedimiento sancionatorio especial en materia ambiental que debe ser agotado antes de que se de curso a la acción penal, particularmente para establecer el nexo causal entre la actividad minera y eventos contaminantes, pues en ocasiones circunstancias o condiciones de la naturaleza puede ser agentes de contaminación que se asocian a la actividad minera, pero que no tienen relación de causalidad, resultando ser muy difícil establecer la responsabilidad de los titulares mineros. Distinto es que se pueda establecer esta circunstancia como una causal de agravación en el caso del aprovechamiento ilícito de minerales.

**Artículo 335 D.** considera el Ministerio que es necesario definir y dar claridad respecto de qué se debe entender por el concepto de “plásticos prohibidos”.

**Artículo 338.** Este artículo se refiere al impacto ambiental y como se ha comentado en el análisis de los artículos anteriores, no ha sido posible entender metodológicamente, cuál es la fuente de los datos que cuantifican el impacto, sobre todo cuando no existen líneas bases. Se reitera en ese sentido que la propuesta legislativa se basa en la cuantificación de una referencia del impacto ambiental, respecto de la cual no se identifica sustento técnico ni jurídico.

Se reitera que se debe partir de la definición de impacto ambiental dada en la norma, y en este sentido el señalar que la generación de un impacto constituye un delito generaría inseguridad jurídica, porque la misma norma ambiental señala



que hay unos impactos permitidos siempre que se cumpla con unos presupuestos. De hecho, recuérdese que la ley permite que los impactos ambientales sean prevenidos, corregidos, mitigados e incluso compensados, pues de lo contrario, sería imposible realizar actividad alguna, es decir, se imposibilitaría la realización de cualquier proyecto, obra o actividad en el país. Se recomienda analizar el concepto de daño ambiental, de manera que la norma penal se armonice con los procesos sancionatorios ambientales.

**Artículo 338A:** Este artículo trae consigo una circunstancia de agravación punitiva, descrita de la siguiente forma: “(...) cuando el daño ambiental sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen vigilancia y control”. Considera este ministerio que dicha medida inconstitucional, en la medida en que establece una causal de agravante punitivo como consecuencia de una acción que no depende de quien recibe la sanción.

En efecto, no está dentro del ámbito de acción, ni depende de la voluntad de quien supuestamente comete el delito, el que las entidades que deben adelantar funciones de vigilancia y control no lo hagan efectivamente, y aun así, quien se hace cargo de la consecuencia de dicha falta de diligencia por parte de la entidad estatal, es la persona que supuestamente comete el delito.

Se sugiere hacer la precisión y diferenciación de ecosistema estratégico y área protegida, los cuales conforme a la norma ambiental son diferentes. Hay ecosistemas estratégicos como los humedales, que no necesariamente se encuentran dentro de un área protegida.

**Artículo 338B.** Esta disposición trae consigo una modalidad culposa, al incluir el estándar de negligencia del que realiza las actividades descritas en el título XI, lo cual resulta consideramos que resulta inconstitucional, en la medida que en esta se establece que si las personas que realizan actividades del sector manera negligente, podrían ser sujetas de una sanción penal aún cuando se reduzca a a la mitad. Esto conllevaría a que lo que se considera el incumplimiento de una relación contractual se torne en un delito, situación que no guarda ninguna proporcionalidad ni razonabilidad con los mandatos de la Constitución Política, en la medida en que como se ha expuesto ampliamente en este documento, las medidas de carácter penal deben responder al principio de ser “*la última ratio*”.

En esa medida, así como se ha identificado arriba, si bien la modalidad dolosa de los delitos que se propone se considera inconstitucional, la modalidad culposa lo es en igual o mayor medida, toda vez que esto significa que aun cuando una persona natural o jurídica desarrolle todas las conductas posibles y emplee la diligencia ordinaria que requiere la explotación de recursos naturales no renovables, podría ser sujeta de un delito si se demostrara una falta respecto de la cual se considere una falta administrativa o contractual, aún cuando fuera menor.

Lo anterior con más razón si se tienen en cuenta que existen otras instancias, contractuales y administrativas, entre otras, a través de las cuales se puede ejercer control con el fin de evitar prácticas que pudieran considerarse negligentes, sin que sea necesario tipificar lo anterior como un delito.

CR



**Artículo 338C.** De este se desprende una disposición que ya se encuentra regulada en la Ley 1708 de 2014, artículo 16 numeral 5, que lo que pretende es señalar expresamente que la extinción no procede frente a los delitos de depósito o inyección de sustancias en el suelo, lo cual, por unidad de materia, no debería ser regulado bajo el Código Penal, sino que debería incluirse en la misma ley de extinción de dominio.

### Conclusiones

- La media legislativa se considera inconstitucional por no atender a los principios de las sanciones penales, al desconocer que solo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos, es compatible con la constitución. También se desconoce el principio de tipicidad consagrado en el artículo 10 del Código Penal, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución política de Colombia.
- Considera este Ministerio que las modificaciones que se pretenden, desconocen el principio de subsidiaridad del derecho penal, al penalizar conductas sobre las cuales operan procedimientos sancionatorios.
- No obstante, si la pretensión es incorporar medidas disuasivas para la realización de conductas que atenten contra los recursos naturales, específicamente los no renovables, se deben contemplar conductas que traigan como consecuencia los deterioros de los yacimientos o la esterilización de reservas, incluso el daño de inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el titulares mineros o concesionarios en forma exclusiva al transporte y al embarque de los minerales provenientes del área comprendida en los titulares mineros y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo que revierten gratuitamente al Estado en las condiciones del artículo 113 de la Ley 685 de 2001.
- Desde el punto de vista técnico la medida legislativa no ofrece claridad, y de esta manera la aplicación de los artículos acarrearán una inseguridad jurídica para el destinatario de la norma, lo cual adicionalmente podría generar un fuerte desincentivo para el desarrollo de la industria minero – energética en el país, lo cual a su vez podría implicar no sólo un grave impacto para la adecuada prestación de servicios públicos como el gas, la energía eléctrica y la distribución de combustibles líquidos, sino también para las finanzas públicas de la Nación y las entidades territoriales.
- No se identifica sustento técnico y jurídico para algunas de las medidas adoptadas, al no contar con las fuentes, estudios y demás pertinentes para adoptar la decisión de convertir alguna conducta en tipo penal.
- Se establecen medidas cautelares, las cuales también se encuentran establecidas como medidas preventivas en los procesos sancionatorios ambientales.
- En general, más allá del incumplimiento de la norma o de actuar sin permiso o autorización, debe existir claridad en qué momento se constituye un delito penal, y si esto sucede de manera simultánea o de forma posterior a los procesos sancionatorios llevados a cabo por las autoridades competentes. Porque de lo contrario, en todo caso podría constituirse una



doble sanción, y no se tendría claridad de los sustentos técnicos analizados previamente por las autoridades correspondientes.

- Respecto a la medición del impacto ambiental, debe darse claridad sobre el mismo, y cuál será la línea base de la cual se partirá para imputar un delito al imputado. De lo contrario, se estaría imputando un delito, sin tener claridad sobre la tipificación del mismo, y partiendo un análisis subjetivo lo cual constituye un riesgo en materia de derecho penal.
- Así como se debe armonizar el contenido del proyecto con la definición de impacto ambiental dada por la norma, y el daño ambiental, que son diferentes. Un impacto ambiental puede estar permitido, mientras que un daño ambiental en todo caso es objeto de sanción.
- Finalmente, aconseja este Ministerio tener en cuenta el concepto previo que debe ser emitido por el Consejo Superior de Política Criminal del Ministerio de Justicia sobre este proyecto de ley por incidir en la política criminal del país, tal como lo señala la ley 65 de 1993.