k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
Firma electrónica válida por Ley 527 de 1999 y Decreto 2364 de 2012.

El emprendimiento es de todos | Minhacienda

2. Despacho del Viceministro General

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Radicado: 2-2020-023965
Bogotá D.C., 7 de junio de 2020 12:35

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista
JUAN CARLOS LOSADA VARGAS
Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad.

Radicado entrada
No. Expediente 21588/2020/OFI

Asunto: Consideraciones al informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 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 Presidente:

De manera atenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios y consideraciones al informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto sustituir el Título XI del Código Penal colombiano, con el fin de modificar el contenido normativo vigente e introducir nuevos tipos penales, para poder sancionar penalmente actividades que generan un impacto negativo sobre los recursos naturales y el medio ambiente.

En ese sentido, para el estudio adecuado del texto propuesto, es pertinente hacer algunas consideraciones generales sobre los derechos ambientales y la facultad sancionatoria del Estado, y posteriormente, realizar consideraciones específicas sobre el articulado para efectos de analizar el impacto fiscal y la conveniencia de la iniciativa bajo examen.

1. Consideraciones generales.

1.1. Balance entre los derechos económicos ambientales y sociales.

La Constitución Política de 1991 dispone en sus artículos 79 y 80, como deber del Estado, (i) proteger la diversidad e integridad del ambiente, (ii) conservar las áreas de especial importancia ecológica con el fin de garantizar el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, y (iii) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, debiendo prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

En esa medida, para el diseño de instrumentos que propenden por la mitigación y adaptación del cambio climático, la reducción de la contaminación ambiental y la protección y conservación de los recursos naturales, en aras de lograr la materialización de los derechos económicos ambientales y sociales, es necesaria la articulación con criterios de crecimiento y desarrollo económico.
Por lo tanto, el balance de estos dos pilares, por un lado, el crecimiento y desarrollo económico, y por otro, la lucha contra el cambio climático y la protección de los recursos naturales, constituye la premisa sobre la que se debería estructurar el accionar del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional[1] en sentencia SU-095 de 2018 define el desarrollo sostenible de la siguiente manera:

> "*8. Desarrollo sostenible. Equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el supuesto de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir, como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado, en el sentido de que éste debe propugnar por "un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente."*

El desarrollo sostenible permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias, y además como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que haya desarrollo sostenible se deben garantizar las necesidades esenciales de los sectores más vulnerables de la población:

> "(…) *Esto implica que para la satisfacción de las necesidades actuales, debe efectuarse un ejercicio de planificación económica y de asunción de responsabilidad en materia ambiental en el modelo de desarrollo. Especial énfasis se ha puesto en la necesidad de garantizar las necesidades esenciales de los sectores menos favorecidos de la población; acento que, conforme lo ha establecido esta Corporación, se hace más importante en países como los nuestros, donde la pobreza mayoritaria está unida a la escasez, pues no habrá desarrollo sostenible mientras casi la mitad de la población viva en niveles de extrema pobreza"*[2].

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha señalado que el desarrollo sostenible tiene cuatro dimensiones: *"(i) la sostenibilidad ecológica, que exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos, (ii) la sostenibilidad social, que pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad, (iii) la sostenibilidad cultural, que exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados, y (iv) la sostenibilidad económica, que pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y sea equitativo dentro y entre generaciones."* Por lo tanto, el desarrollo sostenible debe propender por un equilibrio entre la libertad económica, el bienestar social y la preservación de los recursos naturales, con el fin de evitar que en abstracto uno prevalezca sobre el otro, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política[3].

1.2. El ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado.

[1] Corte Constitucional, Sentencia SU-095/2018. M.P Cristina Pardo Schlesinger.
[2] Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera
[3] Sentencia T-574 del 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras, T-348 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt, T-606 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palaci y Sentencia C-644 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

La Corte Constitucional 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 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[4]"*.

Teniendo en cuenta el principio de última ratio en materia penal, para la protección de los derechos ambientales en el marco constitucional, se han identificado diferentes mecanismos para propiciar un cambio de comportamiento de los diversos agentes. En materia de gestión y política ambiental, los instrumentos más utilizados internacionalmente se pueden agrupar en las siguientes categorías[5]:

a. De comando y control: son de carácterr regulatorio y establecen estándares o límites específicos que los distintos agentes deben cumplir.
b. Económicos: se basan en la utilización de incentivos económicos o de mercado para generar los comportamientos deseados.
c. De educación e información: buscan educar e informar a los diferentes actores de la sociedad sobre aspectos relevantes del medio ambiente, (como conductas ambientalmente beneficiosas o dañinas, efectos de la contaminación y los beneficios de la conservación, entre otros), y,
d. Voluntarios: son aquellos implementados por los sectores productivos, en los cuales, a través de acuerdos, elevan la protección del medio ambiente por sobre los niveles establecidos en las normas o estándares establecidos regulatoriamente.

Por lo anterior, siendo la criminalización de un comportamiento humano la última de las decisiones que debe adoptar el Estado, es importante evaluar (i) la necesidad de crear sanciones penales para prevenir conductas que atenten contra del medio ambiente, (ii) la posibilidad de modificar las conductas que pueden perjudicar el medio ambiente a través de otros mecanismos sancionatorios, y (iii) la posibilidad de generar incentivos para la protección de los recursos naturales.

2. Consideraciones específicas.

2.1. Comentarios frente a las modificaciones y adiciones previstas en el artículo 1º del Proyecto de Ley, que sustituye el Título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", Capítulo Único, Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, artículos 328 a 339, del Libro II, parte especial de los delitos en general de la Ley 599 de 2000.

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-365/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
[5] CEPAL. (2015). Guía Metodológica: Instrumentos económicos para la gestión ambiental. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

2.1.1. Frente al aprovechamiento ilícito de las aguas y de sus recursos biológicos.

El artículo 1 del Proyecto de Ley modifica el artículo 328 del Código Penal para establecer lo siguiente:

> "*Artículo 328. Aprovechamiento ilícito de las aguas y de sus recursos biológicos. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de las normas vigentes se apropie, introduzca, explote, transporte, mantenga, trafique, comercie, use, explore, aproveche o se beneficie de las aguas o de los especímenes, productos o partes de los recursos hidrobiológicos, biológicos o pesqueros de las aguas y del suelo o el subsuelo del mar territorial o de la zona económica de dominio continental e insular de la República, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de setenta y dos (72) a ciento sesenta y ocho (168) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
> *Si la conducta tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento veinte (120) a doscientos setenta y seis (276) meses y multa de veinticinco mil (25.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.*
> *La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando con la conducta se desvíe, destruya, inutilice o haga desaparecer los cuerpos hídricos, sus recursos hidrobiológicos o pesqueros*."

Es importante aclarar que no todo el aprovechamiento de las aguas es ilícito o debe requerir permisos de la autoridad ambiental, por lo tanto, se recomienda definir con mayor claridad los casos en que sería necesario solicitar un permiso ante la autoridad competente.

2.1.2. Frente a los daños producidos al arrecife coralino.

Con el fin de castigar una conducta que produzca la destrucción de corales en Colombia, el artículo 1 de la iniciativa en estudio pretende adicionar el artículo 328A al Código Penal para efectos de generar la correspondiente sanción, así:

> "*Artículo 328A. Destrucción de coral. El que destruya, inutilice, altere, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe arrecife coralino, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de quinientos (500) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
> *Si la conducta tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de cuarenta y cinco mil (45.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.*
> *La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando con la conducta se desvíe, destruya, inutilice o haga desaparecer los cuerpos hídricos o sus recursos hidrobiológicos*."

Sobre la norma antes citada, se debe advertir que la única forma de destrucción de corales no es a través de procesos de origen antrópico sino se debe también a procesos de calentamiento global. La emisión de CO_2 acidifica las aguas de los ríos o mares y esto está blanqueado o "matando" los arrecifes de coral. Por lo tanto, la aplicación específica de la norma tendiente a prevenir la destrucción de corales por parte del ser humano se vuelve compleja en la práctica.

Por su parte, el artículo 336 modificado por el artículo 1 del texto propuesto establece que *"(…) el que invada, permanezca, así sea de manera temporal, o realice uso indebido de los recursos naturales a los que se refiere este*

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

título en áreas de reserva forestal, reserva climática, zonas de nacimientos hídricos, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva, ecosistemas estratégicos o áreas protegidas, definidos en la ley o reglamento, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de setenta y dos (72) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (…)." (negritas fuera de texto)

Al respecto, el artículo 328A podría entrar en contradicción con el pretendido artículo 336, en la medida que el coral es un ecosistema estratégico del país, y por tanto, una misma acción (destrucción de coral) podría ser aplicada a dos artículos distintos con sanciones diferentes.

2.1.3. Frente a la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.

El artículo 1 del Proyecto de Ley, pretende que a través del artículo 329B sea sancionable la conducta proveniente de la explotación ilícita de yacimientos mineros en los siguientes términos:

> "*Artículo 329B. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de las normas vigentes excave, explote, explore o extraiga yacimiento minero, arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de setenta y dos (72) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
> *Si la conducta tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta y dos (252) meses y multa de cuarenta mil (40.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.*
> *La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice a través de minería a cielo abierto, o con la conducta se destruya, inutilice o haga desaparecer el suelo, subsuelo o sus recursos naturales, o altere o destruya acuíferos.*"

En relación con esta disposición, se debe aclarar que el delito ambiental no debe estar relacionado con el aprovechamiento de los recursos, es decir, no es pertinente establecer que la configuración de un delito ambiental se genere por la realización de una actividad, sino por la contaminación que podría derivarse de la actividad. Además, en virtud del principio de libertad económica, no debería tipificarse la realización de una actividad sino las consecuencias negativas que esto podría producir.

2.1.4. Frente a las actividades de explotación y aprovechamiento del suelo o del subsuelo a través del método de fractura hidráulica.

El artículo 329C comprendido en el artículo 1º de la iniciativa en estudio establece lo siguiente:

> "*Artículo 329C. Fracking. El que realice actividades de explotación y aprovechamiento del suelo o del subsuelo a través del método de fractura hidráulica, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
> *Si la conducta tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) IA, la pena será de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de treinta y cinco mil (35.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338.*

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

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

La tipificación de esta conducta como un delito con la correspondiente asignación de la pena o sanción descrita, conlleva a un análisis jurídico-fiscal de este tipo de actividades en la actualidad, y además permite evidenciar aspectos macroeconómicos relevantes que, sin duda alguna, inciden en la toma de decisiones del Estado colombiano.

2.1.4.1. Análisis de la norma propuesta.

Sea lo primero decir que, la creación de este tipo de delitos no puede estar asociado con el aprovechamiento de los recursos, o una técnica específica, sino que esté relacionado con el daño ambiental que pueda producirse. Así las cosas, la tipificación del uso fuera de las normas de protección de los recursos naturales debería ser tipificado, pero no la actividad en sí misma.

Como se mencionó en el artículo anterior, en virtud del principio de libertad económica, no debería tipificarse una expresión de realización de una actividad, sino las consecuencias negativas en el ambiente que estas pudieran traer. Asimismo, se recomienda dar cumplimiento al principio de proporcionalidad en materia penal, del cual se desprende que no todos los delitos ambientales deberían ser llevados a prisión.

Por otra parte, es importante mencionar que este artículo, al día de hoy, no presentaría una afectación a las finanzas públicas de la Nación, toda vez que el Consejo de Estado suspendió provisionalmente[6] el Decreto 3004 del 26 de diciembre de 2013[7] y la Resolución 90341 del 27 de marzo de 2014[8], por lo que actualmente no se están percibiendo ingresos provenientes de la fracturación hidráulica, comúnmente denominada "fracking". Sin embargo, es de gran importante señalar que, según lo consignado en el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2019 *"(…) la fracturación hidráulica es una solución en el mediano plazo para garantizar la autosuficiencia energética en materia de crudo y gas en Colombia. Esta puede traer consigo impactos positivos sobre la economía del país y el desarrollo sostenible de las regiones, siempre y cuando se realice de acuerdo a la normatividad vigente y se dé una ejecución responsable de la actividad, que permita anticipar y mitigar posibles externalidades negativas"*[9].

Cabe aclarar que, a pesar de la suspensión provisional antes señalada, la Constitución Política de Colombia reconoce y permite la exploración y explotación de hidrocarburos en los artículos 334, 360 y 361; de la misma forma que se determinó en su artículo 332 que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables de la Nación.

Asimismo, es importante mencionar que el Consejo de Estado mediante el Auto del 17 de septiembre del 2019, en el marco del desarrollo del proceso de nulidad simple contra el Decreto 3004 de 2013 y la Resolución 90341 de 2014 estableció que: *"(...) si el Gobierno Nacional tiene interés en investigar, dilucidar y explorar acerca de la viabilidad del procedimiento de fracturación hidráulica para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales (YNC), podría adelantar los denominados Proyectos Piloto Integrales de Investigación, contenidos en el Capítulo (14) del Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos y sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante*

[6] Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado en sesión del 8 de noviembre del 2018 - http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/fc.pdf
[7] Por el cual se establecen los criterios y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales.
[8] Por la cual se establecen requerimientos técnicos y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales.
[9] Referencia. Marco Fiscal de Mediano Plazo 2019: http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-104084%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

perforación horizontal, presentado por la Comisión Interdisciplinaria Independiente que él mismo convocó, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las etapas fijadas en el mismo".

2.1.4.2. Análisis macroeconómico sobre la inclusión de actividades de explotación y aprovechamiento del suelo y subsuelo con el método de fractura hidráulica.

El sector de hidrocarburos es una importante fuente de recursos fiscales para el país y las entidades territoriales, a la vez que es una actividad económica relevante en términos de valor agregado y participación en las exportaciones del país. El sector de extracción de crudo se destaca por ser uno de los sectores más intensivos en capital y con mayor participación en el PIB nacional, contando con una participación de 3,4% del PIB en 2019. Adicionalmente, este sector tiene una importancia considerable dentro de las exportaciones del país. De manera ilustrativa, las exportaciones de petróleo y sus derivados han representado, en promedio entre 2015-2019, el 35% de las exportaciones totales del país.

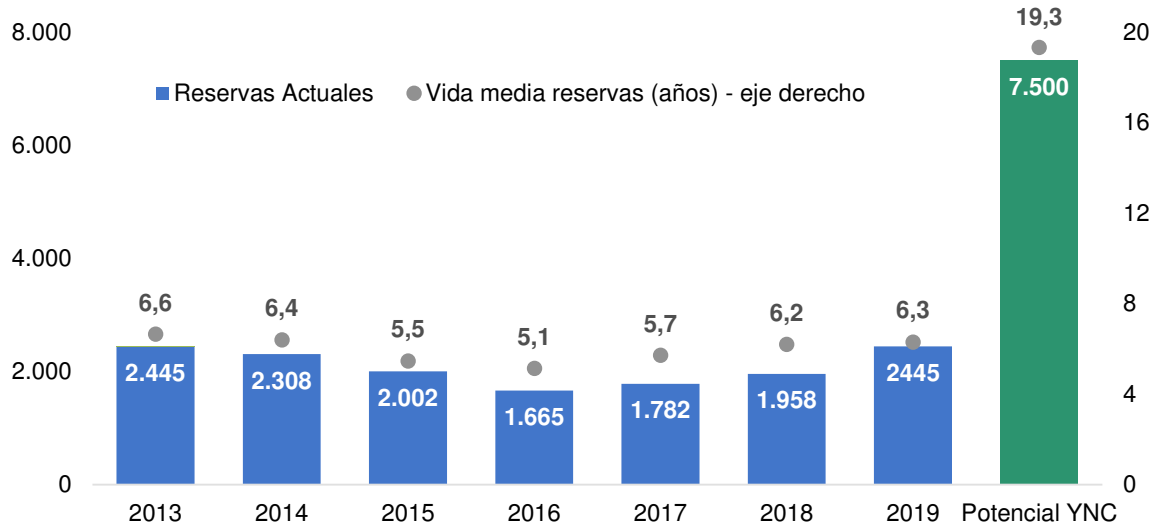
Por otro lado, el sector petrolero genera recursos importantes para la consolidación fiscal del país, que se contabilizan como ingresos del Gobierno Nacional Central (GNC), pues la producción de hidrocarburos ha representado una fuente de ingresos importante para la Nación, ya que la participación de los ingresos petroleros sobre los ingresos del GNC fue en promedio 10% entre 2002-2019. En particular, los ingresos petroleros alcanzaron 3,5% del PIB en 2013, lo que representó una participación de 20% en los ingresos totales del GNC. Igualmente, el sector de hidrocarburos es la fuente principal de ingresos del Sistema General de Regalías (SGR), aportando cerca del 80% del total de ingresos, con un recaudo acumulado del Sistema que alcanzó los $71,8 billones al cierre de 2019, mostrando un recaudo promedio de $7,6 billones cada año (6,8% del PIB), recursos que han representado una fuente importante para financiar los proyectos de inversión de las entidades territoriales. En suma, el sector de hidrocarburos es una importante fuente de recursos fiscales para el país y las entidades territoriales, a la vez que es una actividad económica relevante en términos de valor agregado y participación en las exportaciones del país.

Uno de los desafíos que enfrenta Colombia en la actualidad es el de garantizar la seguridad y autosuficiencia energética del país, las reservas de hidrocarburos y gas han venido declinando consecutivamente y tienen un alcance limitado. Mientras que en 2013 las reservas remanentes de crudo se situaban en 2,445 MBPD, en 2019 las reservas remanentes se redujeron en 17% (2,036 MBPD). En este sentido, de acuerdo al Informe de Recursos y Reservas de la ANH, las reservas actuales de crudo se agotarían en el término de los próximos 6,3 años y las de gas se agotarían en 8 años, lo que implicaría importantes riesgos para la estabilidad macroeconómica del país, pues se perderían importantes recursos fiscales y el aporte económico del sector representado en ingresos por exportaciones e inversión extranjera directa.

En este sentido, es preciso explorar e identificar métodos de incorporación de recursos en el corto y mediano plazo. Uno de estos métodos es la explotación de yacimientos no convencionales (YNC) mediante fracturación hidráulica, mejor conocido como “fracking”. Puntualmente, se estima un potencial adicional de reservas de alrededor de 7,500 millones (U.S. Energy Information Administration, 2015), es decir que estas reservas por lo menos triplicarían las reservas actuales extendiendo así la autosuficiencia energética de Colombia en el orden de 19 años. (Gráfico 1):

Gráfico 1: Reservas de Hidrocarburos y Vida media de las reservas.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

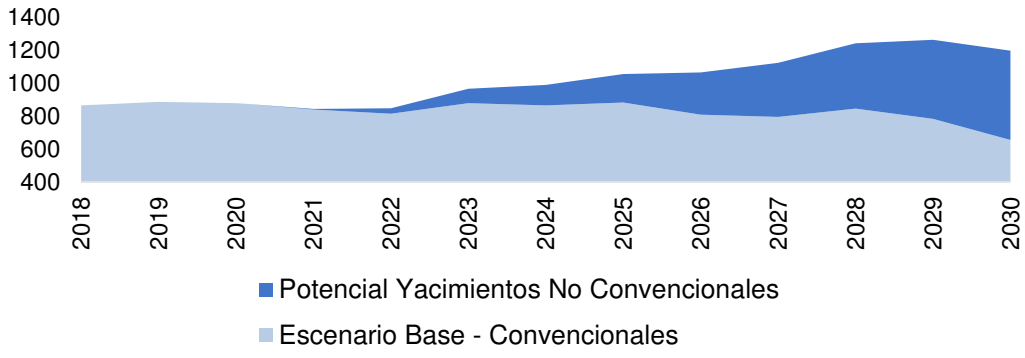


Fuente: Ecopetrol, EIA, Asociación Colombiana de Petróleo. Para el potencial de YNC se tomó el promedio de las proyecciones realizadas por agencias especializadas (EIA).

En Colombia existen diferentes zonas con potencial de yacimientos no convencionales, en particular, las cuencas del Valle Medio del Magdalena (VMM) y Cesar-Ranchería presentan las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad. Esto abarca cerca de 6 departamentos del país (Antioquia, Bolívar, Santander, Norte de Santander, Cesar) y más de 20 municipios. No obstante, en otras zonas del país, al menos en 7 cuencas, también existe un importante potencial tanto en petróleo como gas.

En el mediano plazo (alrededor del año 2030), la producción de YNC podría alcanzar niveles cercanos a los 550 mil barriles por día. En este sentido, dado el declive natural en la producción de los actuales campos, la producción de YNC supliría esta deficiencia, representando cerca del 45% de la producción total en el 2030, la cual podría ubicarse en niveles superiores al millón de barriles por día (Gráfico 2):

Gráfico 2: Proyección de producción de crudo (KBPD)



Fuente: Cálculos propios MHCP; ANH, ACP.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

Es importante recalcar los posibles efectos macroeconómicos que tendría la explotación de todo el potencial de YNC de Colombia en términos de empleo, crecimiento e inversión extranjera. En primer lugar, el desarrollo de YNC implicaría un aumento en las exportaciones del orden de USD 17 mil millones, el 40,6% del total de las exportaciones en 2018. Además, se podrían obtener flujos de inversión extranjera directa del orden de USD 5 mil millones de acuerdo con el documento final de la Comisión Interdisciplinaria Independiente para estudiar el tema que adelantó el Ministerio de Minas y Energía de 2019[10]. Por otra parte, la Comisión de Expertos destaca que la producción de YNC impactaría positivamente el desarrollo económico y social de las regiones. En principio, se estima la creación de 35 mil nuevos empleos durante la etapa de explotación (cerca de 30 años). Esto como consecuencia de la mayor demanda por mano de obra y el encadenamiento productivo con otros sectores, especialmente con el sector agrícola y de transporte.

En términos del ingreso tributario y de regalías provenientes de YNC, el valor presente neto[11] de los ingresos correspondientes al potencial de los 7,500 barriles de petróleo por día (KBPD) ascienden a $434 billones, alrededor de 40,1% del PIB[12] de Colombia en 2019. De esta forma, con el aumento en los ingresos de las regiones por regalías, se espera un mayor porcentaje de inversión en infraestructura, salud, educación y sanidad, lo cual en últimas genera un mayor impacto en el crecimiento económico y empleo de las regiones (Comisión Interdisciplinaria Independiente, 2019).

En suma, la fracturación hidráulica permitiría en el mediano plazo garantizar la autosuficiencia energética en materia de crudo y gas en Colombia. Esta puede traer consigo impactos positivos sobre la economía del país y el desarrollo sostenible de las regiones, siempre y cuando, se realice de acuerdo a la normatividad y haya una ejecución responsable de la actividad que permita anticipar y mitigar posibles externalidades negativas. Por esta razón, cualquier limitación o restricción a la actividad afectaría negativamente la inversión pública y el desarrollo económico de las regiones.

Finalmente, se hace necesario tener en cuenta por parte del Congreso de la República el pronunciamiento que haga el Ministerio de Minas y Energía sobre las implicaciones a futuro que tendría esta norma, por ser esta entidad la encargada de la política pública en la materia y la rectora del sector energético.

2.1.5. Frente al ámbito punitivo del impacto ambiental.

El Impacto Ambiental (IA) de las conductas dentro del ámbito punitivo de movilidad de la pena de prisión y de multa se establecen en el artículo 338, así:

> "*Artículo 338. Impacto Ambiental (IA). Cuando las conductas del presente título tengan como resultado un Impacto Ambiental (IA), el ámbito punitivo de movilidad de la pena de prisión y de multa se dividirá en tercios, así: uno mínimo, uno medio y uno máximo.*
> *La pena de prisión y de multa será la correspondiente al tercio mínimo cuando la afectación tuviere como consecuencia un Impacto Ambiental (IA) igual o superior a veinticinco (25) que no pase de cincuenta (50) IA.*
> *La pena de prisión y de multa será la correspondiente al tercio medio cuando la afectación tuviere como consecuencia un impacto ambiental superior a cincuenta (50) IA sin exceder de setenta y cinco (75) IA.*

10 Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos y sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal.
11 Valores constantes de 2020.
12 Se toma con referencia el PIB nominal de 2019.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

La pena de prisión y de multa será la correspondiente al tercio máximo cuando la afectación tuviere como consecuencia un impacto ambiental que pasare de setenta y cinco (75) IA."

Al respecto, si bien el impacto ambiental se trata de definir en el artículo 338, se encuentra cierta ambigüedad que podría violar los principios de legalidad y tipicidad. En esa medida, la Corte Constitucional en sentencia C-365 de 2012 establece que *"(…) el legislador se encuentra obligado a determinar claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible, y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho."* (Subrayado fuera del original)

Por lo tanto, de acuerdo a la redacción actual, la determinación de impacto ambiental, las características que debe tener la categoría mínimo, medio o máximo, podría quedar a discreción del juez por la imprecisión de la definición de la norma, siendo esta clasificación una acción que podría determinarse de manera objetiva por parte las autoridades competentes.

2.1.6. Frente a las referencias que se hacen a la autoridad competente para el otorgamiento de permisos.

Se genera una preocupación evidente, por cuanto en el Proyecto de Ley no se señala cuál es la entidad competente para el otorgamiento de permisos en un gran número de artículos (a saber, artículos 328, 329, 329A, 330, 330A, 330B, 330C, 331, 332A, 334A, 335D, entre otros), y en esa medida, es conveniente determinar cuál será la autoridad responsable ya que son varias las entidades llamadas a responder. Asimismo, es importante decir que, condicionar todas las actividades a la existencia de permisos de las autoridades competentes, puede generar grandes costos administrativos sin que esto se traduzca en beneficios a favor de la protección y conservación del capital natural. En este sentido, se generan unos costos económicos muy altos que podrían ir en perjuicio de la aplicabilidad de la norma.

2.2. Comentarios frente a la creación de una cátedra ambiental prevista en el artículo 3º del Proyecto de Ley.

El artículo 3º del Proyecto de Ley pretende la creación de una cátedra ambiental, con el fin de generar conciencia ambiental en los estudiantes y el buen uso de los recursos naturales en los siguientes términos:

"*Artículo 3°. Pedagogía sobre el ambiente. Los establecimientos educativos de educación básica, media y universitaria, incluirán en su Proyecto Educativo Institucional, una cátedra ambiental que busque la compresión, el fomento y la participación ciudadana para generar conciencia ambiental sobre el buen uso de los recursos naturales, las prácticas que son contrarias a la sostenibilidad, la importancia de las áreas de especial importancia ecológica y las regulaciones y leyes sobre la materia.*
Parágrafo. El Ministerio de Educación Nacional y las Secretarías de Educación promoverán programas de formación docente para el desarrollo de las mencionadas estrategias."

Es pertinente aclarar que el Ministerio de Educación Nacional (MEN) en conceptos institucionales sobre otros proyectos de esta misma índole[13], ha manifestado que se opone a cualquier tipo de iniciativas que incorporen cátedras u otro tipo de enseñanzas puntuales, pues van en contravía de las propuestas curriculares contemporáneas y limitan la

[13] Por ejemplo, sobre el Proyecto de Ley 125 de 2018 Cámara.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

autonomía escolar otorgada en virtud de la Ley 115 de 1994[14], que les permite a las Instituciones establecer su Proyecto Educativo Institucional (PEI) respectivo. Esto, teniendo en cuenta que la Ley puede señalar parámetros generales para la organización académica, pero no podría una iniciativa legislativa imponer contenidos específicos de enseñanza, ya que existe el riesgo de vulnerar lo consagrado en el artículo 77 de la Ley 115 de 1994, en el que se señala:

> "*Artículo 77. Autonomía escolar. Dentro de los límites fijados por la presente ley y el proyecto educativo institucional, las instituciones de educación formal gozan de autonomía para organizar las áreas fundamentales de conocimientos definidas para cada nivel, introducir asignaturas optativas dentro de las áreas establecidas en la ley, adaptar algunas áreas a las necesidades y características regionales, adoptar métodos de enseñanza y organizar actividades formativas, culturales y deportivas, dentro de los lineamientos que establezca el Ministerio de Educación Nacional. (…)*"

Por su parte, sobre la modificación del Proyecto Educativo Institucional (PEI) de los establecimientos educativos universitarios, es pertinente decir que se podría desbordar el ordenamiento legal y constitucional, en particular violar lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política que garantiza la autonomía universitaria.

Adicionalmente, sobre el artículo 3 de la presente iniciativa se sugiere tener en cuenta lo expresado por el Ministerio de Educación Nacional sobre la materia, y en lo particular, el concepto que emita en relación con esta iniciativa legislativa por ser el ente rector en el sector de la educación.

3. Consideraciones finales.

En virtud de todo lo expuesto, esta Cartera Ministerial se abstiene de emitir concepto favorable y solicita el archivo de esta iniciativa al considerar que:

(i) No todo aprovechamiento de las aguas es ilícito ni se debe considerar delito;
(ii) El artículo 328A podría entrar en contradicción con el artículo 336 por cuanto el coral es un ecosistema estratégico del país, lo que podría conllevar a aplicar dos artículos distintos con sanciones diferentes;
(iii) En los delitos ambientales no debe tipificarse la realización de una actividad, sino las consecuencias negativas que las actividades podrían producir;
(iv) Si bien, al día de hoy no se están percibiendo ingresos provenientes de la fracturación hidráulica, el fracking es una solución en el mediano plazo para garantizar la autosuficiencia energética en materia de crudo y gas en Colombia;
(v) La configuración del fracking como delito ambiental, podría presentar una posible violación de la Constitución Política de Colombia, por cuanto la misma reconoce y permite la exploración y explotación de hidrocarburos en sus artículos 334, 360 y 361;
(vi) Cualquier limitación o restricción a la actividad de fracturación hidráulica afectaría negativamente la inversión pública y el desarrollo económico de las regiones;
(vii) La determinación del impacto ambiental podría quedar a discreción del juez por la imprecisión de la definición de la norma pretendida;
(viii) No se determina cuáles serán las entidades competentes llamadas a responder para el otorgamiento de los permisos;

[14] Por la cual se expide la ley general de educación.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
k1pK fqJe T3/U QUOz x2La tK/B 9Y0=

(ix) El otorgamiento de permisos de las autoridades competentes puede generar grandes costos administrativos sin que esto se traduzca en beneficios a favor de la protección y conservación del capital natural;

(x) La creación de la catedra ambiental está en contravía de las propuestas curriculares contemporáneas y limitan la autonomía escolar otorgada en virtud de la Ley 115 de 1994, y,

(xi) La modificación del Proyecto Educativo Institucional (PEI) de los establecimientos educativos universitarios producto de la creación de la cátedra ambiental, podría violar lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política que garantiza la autonomía universitaria.

En todo caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Atentamente,

JUAN ALBERTO LONDOÑO MARTINEZ
Viceministro General
DGPPN/VT/OAJ
UJ-1107/2020

Proyectó: Santiago Cano Arias
Revisó: Andrea del Pilar Suárez Pinto
Con copia a:
Dra. Amparo Yaneth Calderón Perdomo– Secretaria de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes

Firmado digitalmente por: JUAN LONDOÑO MARTINEZ

Viceministro General