http://www.legismovil.com 001

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

D-10891
OK.

Bogotá D.C., julio de 2015.

08 JUL 2015

hora 9:07 a.m.

Honorables Magistrados y Magistrada
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref. Demanda de constitucionalidad en contra del Artículo 165 (parcial) de la Ley 685 de 2001.

CONTENIDO

I. NORMA DEMANDADA

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS Y SÍNTESIS DE LA DEMANDA

III. COMPETENCIA DE LA CORTE

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

V. CONCLUSIONES Y PRETENSIÓN

www.legismovil.com 002

Bogotá D.C., julio de 2015.

Honorables Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref. Demanda de constitucionalidad en contra del Artículo 165 (parcial) de la Ley 685 de 2001.

Honorables Magistrados y Magistradas:

Jorge Armando Otálora Gómez, en mi condición de Defensor del Pueblo y ciudadano en ejercicio, con fundamento en el numeral 6° del artículo 40 y el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, respetuosamente, presento ante ustedes, demanda de inconstitucionalidad en contra de la frase: *"Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código"* del artículo 165 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) por considerar que viola los artículos 2°, 8°, 79, 80 y 250 de la Constitución Política.

De acuerdo con esta norma, las autoridades administrativas locales deberán abstenerse de ejercer medidas para suspender la actividad minera y el decomiso de minerales de agentes que lleven a cabo explotación de yacimientos mineros y aprovechamiento comercial de minerales sin el correspondiente título minero mientras éstos adelanten el proceso de legalización contemplado en la Ley 685 de 2001. Así mismo, las autoridades deberán suspender la persecución penal (Artículo 338 del Código Penal) en contra de quienes habiendo desarrollado actividades mineras sin el lleno de los requisitos legales antes del 17 de agosto de 2001 inicien la solicitud de legalización hasta tanto las autoridades mineras y ambientales resuelvan dicha solicitud.

I. NORMA DEMANDADA

***Artículo 165**. Legalización. Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1°) de enero de 2002, que la mina o minas*

www.legismovil.com 003

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código.
Los procesos de legalización de que trata este artículo, se efectuarán de manera gratuita por parte de la autoridad minera. Adicionalmente, esta última destinará los recursos necesarios para la realización de éstos, en los términos del artículo 58 de la Ley 141 de 1994.
Los títulos mineros otorgados o suscritos, pendientes de inscripción en el Registro Minero Nacional, con anterioridad a la vigencia de este Código, serán inscritos en el mismo y para su ejecución deberán cumplir con las condiciones y obligaciones ambientales pertinentes.
Tampoco habrá lugar a suspender la explotación sin título, ni a iniciar acción penal, en los casos de los trabajos de extracción que se realicen en las zonas objeto de los Proyectos Mineros Especiales y los Desarrollos Comunitarios adelantados conforme a los artículos 248 y 249, mientras estén pendientes los contratos especiales de concesión objeto de dichos proyectos y desarrollos.

II. SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

Esta demanda contiene una breve introducción y plantea dos cargos de inconstitucionalidad en contra de la expresión acusada.

En la introducción, se realizan consideraciones preliminares sobre el contexto de la minería de hecho en Colombia y las implicaciones prácticas de la normatividad demandada.

En el primer cargo se alega la vulneración del deber el Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación (Artículo 8 CP) y del deber según el cual es obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución, además deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Artículo 80 CP). Igualmente, sostiene que el aparte acusado contraría el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica (Artículo 79 CP).

www.legismovil.com 004

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

El segundo cargo argumenta que dicho artículo es contrario al principio según el cual el Estado está obligado a asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Artículo 2 CP) y es contrario al Artículo 250 superior que establece la obligación de iniciar acciones penales siempre que se encuentren méritos para hacerlo, dicha acción penal sólo podrá suspenderse o interrumpirse en virtud del principio de oportunidad. Específicamente, se sostiene que no proseguir la acción penal sobre las explotaciones mineras sin título minero representa una vulneración de las obligaciones del Estado relacionadas con el deber de activar la acción penal para proteger bienes jurídicos de importancia para la sociedad, en este caso, el medio ambiente y los recursos naturales.

III. COMPETENCIA DE LA CORTE

De acuerdo con el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda dado que está dirigida contra una norma legal sobre la que no existe cosa juzgada, pues hasta la fecha este Tribunal no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del enunciado normativo acusado, por lo cual procede un fallo de fondo al respecto.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

a. Consideraciones preliminares sobre la formulación de la demanda: Implicaciones y efectos de la norma demandada.

Antes de formular los cargos de la presente demanda, conviene plantear consideraciones preliminares, con el fin de identificar el presupuesto básico del que parte la demanda, así como aclarar algunos asuntos relacionados con la formulación de los cargos.

(i) La norma demandada.

En el artículo 165 concedió a los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el registro minero nacional, un término improrrogable de tres (3) años, contados a partir del primero (1°) de enero de 2002, para solicitar que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión, llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se encontrara libre para contratar. Todo, bajo el entendido de que las explotaciones de los recursos mineros de propiedad del Estado requieren de conformidad con la ley, estar amparadas en un título minero registrado y vigente que la autorice y que tenga viabilidad ambiental otorgada por la autoridad ambiental competente.

www.legismovil.com 005

Dicho artículo, en los apartes demandados, excluye de persecución penal a agentes vinculados al ejercicio de la explotación ilícita de yacimientos minerales y decomiso de material minero cuando éstos hayan iniciado el trámite de legalización minera.

En la práctica, el efecto principal de dicho apartado es que ordena a la Fiscalía General de la Nación a no ejercer acciones mientras la autoridad minera adelanta el trámite de legalización. Adicionalmente, cuando un agente radica una solicitud de legalización se libera de que se suspendan sus actividades o que el material producto de su explotación sea decomisado por autoridades locales. Dichas medidas se encuentran en los artículos el 161 y 306 del código minero:

> ***Artículo 161***. *Decomiso. Los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no se hallen amparados por factura o constancia de las minas de donde provengan (...).*
> ***Artículo 306***. *Minería sin título. Los alcaldes procederán a suspender, en cualquier tiempo, de oficio o por aviso o queja de cualquier persona, la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Esta suspensión será indefinida y no se revocará sino cuando los explotadores presenten dicho título. La omisión por el alcalde de esta medida, después de recibido el aviso o queja, lo hará acreedor a sanción disciplinaria por falta grave.*

Mientras que los artículos 159 y 161 del mismo Código definen los tipos penales en que incurren quienes ejercen la minería sin título:

> ***Artículo 159***. *Exploración y explotación ilícita. La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244[1] 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 el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.*
>
> ***Artículo 160***. *Aprovechamiento ilícito. El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a*

[1] Artículo 244 de la Ley 100 de 1980. **EXPLOTACIÓN O EXPLORACIÓN ILÍCITA MINERA O PETROLERA.** El que ilícitamente explore, explote, transforme, beneficie o transporte recurso minero o yacimiento de hidrocarburos, incurrirá en prisión de uno a seis años y multa de cincuenta a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Derogado por el artículo 338 de la Ley 599 de 2000.

www.legismovil.com 006

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

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.

Específicamente, la acción penal que suspende el Artículo 165 es la que se establece en el artículo 338 del Código Penal:

> ***Artículo 338.*** *Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes*

Para poder dimensionar las implicaciones de esta norma, es necesario comprender en el funcionamiento del trámite de legalización minera en Colombia. De acuerdo con las normas que regulan la materia (Decreto 2230 de 2002), la legalización minera sólo aplica para aquellos explotadores de minas de propiedad estatal sin título que son aquellos que sin título minero inscrito en el registro minero nacional, llevan a cabo explotaciones de depósitos y/o yacimientos mineros, con anterioridad al 17 de agosto de 2001, día de expedición de la Ley 685. Deben seguir con un procedimiento complejo con altas probabilidades de extenderse en el tiempo que consiste varias etapas, a saber: en primer lugar, el solicitante debe presentar el formulario de legalización y añadir información técnica y geológica. En segundo lugar, la autoridad de legalización hará un estudio de títulos mineros en la zona, si encuentran superposición habrá lugar al rechazo de la solicitud, si no hay superposición o ésta es parcial puede continuar. En tercer lugar, la autoridad minera delegada y la autoridad ambiental respectiva adelantarán en conjunto una visita técnica al área correspondiente. En cuarto lugar, la autoridad minera delegada procederá a elaborar un programa de trabajos y obras -PTO-, por su parte, la autoridad ambiental procederá a elaborar e imponer mediante resolución motivada el plan de manejo ambiental –PMA- respectivo. Finalmente, el interesado deberá solicitar los permisos, autorizaciones y concesiones para uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables para concluir con la suscripción del contrato de concesión.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 165 la extracción realizada en zonas de proyectos mineros especiales y de desarrollo comunitario tampoco pueden ser perseguidas penalmente o su maquinaria decomisada. Este apartado se

www.legismovil.com 007

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

refiere a la minería tradicional, para la cual el Estado creó un régimen especial que le permite dos procesos: 1. La creación de reservas mineras en aquellas áreas en donde exista explotaciones tradicionales de minería informal y 2. Proyectos de minería especial, que consisten en proyectos mineros comunitarios que por sus características geológico-mineras posibilitan un aprovechamiento de corto, mediano y largo plazo. En estos casos, el Estado interviene, a través de la entidad estatal competente, en la capacitación, fomento, transferencia de tecnología, manejo ambiental, estructuración, desarrollo del proyecto minero y desarrollo empresarial de los mineros informales *ya legalizados*, de las empresas de economía solidaria y de las asociaciones comunitarias de mineros que allí laboren.

La suspensión de la acción penal en el caso de la minería tradicional no será objeto de esta demanda pues merece otras consideraciones debido a que, la actividad minera tradicional es la principal actividad económica y de subsistencia de comunidades vulnerables (Decreto 933 de 2013).

(ii) Implicaciones prácticas de la normatividad demandada.

El grado de informalidad e ilegalidad del sector minero en Colombia es bastante alto, las minas informales incumplen con todo tipo de normas, ambientales, laborales, fiscales y mineras[2]. En criterio de esta Entidad, la disposición demandada promueve la inacción penal, policiva y administrativa del Estado durante el periodo que puede extenderse sustancialmente en el tiempo, permitiendo que las minas ilegales funcionen sin control, favoreciendo el transporte, aprovechamiento y comercialización de materiales sin las condiciones mínimas de seguridad. En la práctica, el proceso que exonera a quienes se encuentran en proceso de la aplicación de las acciones penales, terminó favoreciendo la informalidad y la ilegalidad con la operación prolongada de una actividad al margen de normas ambientales, laborales, de seguridad industrial y salud ocupacional[3].

De acuerdo con el Informe sobre Minería en Colombia de la Contraloría General de la República, los mineros que adelantan extracción ilícita de minerales pueden continuar trabajando en las mismas condiciones irregulares hasta que la autoridad minera resuelva las solicitudes de legalización puesto que la mera solicitud los protege de acciones de control. Adicionalmente, les autoriza a

[2] Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para los Asuntos Colectivos y de Medio Ambiente. Minería de Hecho en Colombia. 2010
[3] Ibid. P 90

www.legismovil.com 008

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

seguir comercializando los minerales sin el pago de regalías lo que genera competencia desleal con el sector minero legal[4].

La reglamentación del gobierno nacional que se concretó en el Artículo 165 del Código Minero protegió a quienes no intentaron legalizarse antes de la Ley 685 de 2011 dándoles mayores plazos y beneficios adicionales. Lo anterior, junto con la permanente prolongación de los plazos límites establecidos para la legalización y falta de capacidad institucional para el control y vigilancia ha incentivado para que la ilegalidad persistiera.[5]
A juicio de la Defensoría del Pueblo, la obligación constitucional de Estado consiste en prevenir y/o mitigar los daños ambientales y sociales que resultan de la actividad minera la omisión de este deber constituye a todas luces la violación de principios constitucionales como se explicará a continuación.

(i) Cargo 1: Al impedir el control penal durante el proceso de legalización de minas sin título, la norma demandada vulnera los principios constitucionales de protección del medio ambiente y los recursos naturales.

La Constitución de 1991 (Artículos 8, 79 y 80) estableció un conjunto de deberes ambientales a cargo del Estado entre los cuales se encuentran: proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, fomentar la educación para estos fines y garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano. Igualmente, el Estado debe prevenir y controlar factores de deterioro ambiental, imponer sanciones y exigir reparación de los daños causados, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución.
Con respecto al daño ambiental producido por las actividades mineras, el Estado colombiano tiene básicamente cuatro deberes: prevención, mitigación, indemnización y punición.

El deber de prevenir los daños ambientales se contempla en estos preceptos constitucionales:

(i) Prevenir factores de deterioro ambiental (Art 80, inciso 2),
(ii) Planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (Art 80, inciso 1),

[4] Contraloría General de la República .Economía política, fallas en la regulación e institucionalidad ambiental en Colombia. Casos de Estudio. En Minería en Colombia: Institucionalidad, territorio, paradojas y conflictos. 2013
[5] Ibid. P. 88

www.legismovil.com 009

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

(iii) Mitigar, que significa controlar los factores de deterioro ambiental (Art 80, inciso 2),
(iv) Indemnizar y exigir indemnización de daños ambientales y
(v) Exigir reparación de los daños causados al medio ambiente y, finalmente, sancionar penal o administrativamente (Artículo 80, inciso 2).

Los anteriores deberes desarrollan el concepto de Constitución Ecológica creado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-411 de 1992 que señaló que la Constitución no era neutra en materia ambiental. En efecto, el artículo 8º que prevé que es un deber del Estado proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, le otorgó la protección del medio ambiente un carácter superior, y consagró varios derechos y deberes que buscan la protección del medio ambiente para garantizar un modelo de desarrollo sostenible.

Así mismo, en concordancia con normas internacionales, al Estado le asisten tres obligaciones en relación con la garantía de un medio ambiente sano: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. De acuerdo con la sentencia T-851 de la Corte Constitucional, la obligación de *proteger* implica el deber "adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros" es decir, esta obligación se concreta, en un ***deber del Estado de regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas y otras entidades, con el objetivo de impedir que estos interfieran o menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho.***

Igualmente, esta obligación implica el deber de los Estados de generar un sistema normativo que obligue a los particulares a no dañar el ambiente, así como de instituir políticas que permitan el control del cumplimiento de tales disposiciones. Así mismo, el artículo 80 CP impone al Estado la obligación del Estado ejercer, en cualquier tiempo, su facultad sancionatoria con el propósito de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.

La Corte Constitucional ha desarrollado el deber de protección del medio ambiente como importante sino que lo reconoce como un bien jurídico constitucional que deriva en un conjunto de *obligaciones* impuestas a las autoridades y a los particulares. Es así como el Alto Tribunal ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es de tal magnitud que implica para el Estado "**unos deberes calificados de protección**" (Sentencia C- 328 de 1995).

En suma, la obligación constitucional del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación se materializa a través del deber de adoptar

www.legismovil.com 010

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

medidas que impongan a terceros la obligación de evitar y mitigar daños al medio ambiente. El cumplimiento de dicho deber en cabeza del Estado se ejecuta a través de medidas de prevención y precaución o medidas que desincentiven la realización de actividades que produzcan daños al medio ambiente, como las medidas de carácter sancionatorio, en particular, aquellas de carácter penal.

Para la Defensoría, el impedimento del ejercicio de acciones penales y la suspensión de actividades en cabeza de las autoridades locales hace inoperante e ineficaz el compromiso del Estado que se deriva de los artículos 8° y 80 de la Constitución.

Ahora bien, para esta Entidad es indispensable explicar las razones por las cuales las sanciones penales son adecuadas y necesarias para materializar el deber de protección del medio ambiente. En primer lugar, la protección de un bien jurídico como el medio ambiente ha conducido a un desarrollo de los instrumentos de derecho interno coherentes con la necesidad de intervención penal en estos casos, es así como, el legislador estableció sanciones penales en el Capítulo XI del Código Penal sobre los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, con el propósito de hacer efectiva la institución de uno medidas penales para la protección de valores esenciales de la sociedad. Como se ha explicado en apartados anteriores, la Corte ha calificado el medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren varias dimensiones:

(i) Es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección. (Sentencia C- 632 de 2011).

En ese sentido, las sanciones penales se encuentran dentro de marco constitucional de la política criminal que la Corte Constitucional definió como *"el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social*

www.legismovil.com 011

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

(Sentencia C-646 de 2001). Así, la configuración de estos delitos, responde dentro del marco de la política criminal a consideraciones de prevención general para desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal, como es el caso del medio ambiente y los recursos naturales.

Adicionalmente, en la sentencia C-320 de 1998 al estudiar la constitucionalidad de las normas que penalizaban la explotación ilícita de yacimientos minerales (Artículo 244 del Decreto 100 de 1989), la Corte Constitucional considera que el daño al ecosistema, incluso en el marco de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tenía el carácter de conducta antijurídica (Artículos 80 y 95-8 CP).
En dicha sentencia, la Corte señaló que:

> *"No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente. De otro lado, la Carta ordena al Estado en punto al ambiente y al aprovechamiento y explotación de recursos naturales, no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados."*

En dicho caso, la Corte estimó que la aminoración de la antijuridicidad que la norma objetada establecía violaba la Constitución Política, en tanto que ésta exige al legislador asegurar la efectiva protección del ambiente.

De otro lado, existen razones empíricas que justifican la intervención penal. Como fue mencionado en el apartado preliminar, la minería ilegal ha adquirido dimensiones que desbordan del control de las autoridades ambientales locales y nacionales[6]. En atención a estas razones, carece de justificación la ausencia de control penal que establece el artículo 165 del Código minero al prescindir de la intervención de la fiscalía que actualmente cuenta con una unidad de delitos ambientales con capacidad técnica para investigar y sancionar delitos ambientales como la explotación ilícita de yacimientos minerales.

En principio, podría considerarse que la medida dispuesta en la norma parcialmente acusada persigue un fin legítimo: legalizar las actividades mineras para promover actividades económicas lo impulsen, sin embargo, el desarrollo económico sostenible implica la ponderación de diferentes fines y bienes

[6] Contraloría General de la República .Economía política, fallas en la regulación e institucionalidad ambiental en Colombia. Casos de Estudio. En Minería en Colombia: Institucionalidad, territorio, paradojas y conflictos. 2013.

www.legismovil.com 012

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

jurídicos consagrados en la Carta que deben armonizarse con la protección el medio ambiente y los demás elementos que configuran la Constitución Ecológica.[7]

A juicio de la Defensoría, el texto de la disposición demandada no prevé en forma alguna la armonización de esta actividad con los mandatos de la Constitución Ecológica, por el contrario, termina por desconocerlos totalmente.

Para armonizar ambos deberes, el proceso de legalización minera contempló el cumplimiento de la legislación ambiental cuyo objeto es el de prevenir, mitigar y reparar daños ambientales. De acuerdo con el Decreto 2390 de 2002, el proceso de legalización minera al culminar exige que se elabore un programa de trabajos y obras, consistente con la información geológico-minera disponible, para efectos de definir la viabilidad del proyecto. De igual forma, la autoridad ambiental elaborar e impone mediante resolución motivada el plan de manejo ambiental respectivo.

En el caso de las minas que apenas han iniciado el proceso de legalización, las actividades se realizan sin los requerimientos de un plan para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados en desarrollo de del proyecto minero, así como planes de seguimiento, evaluación y monitoreo y de contingencia. En consecuencia, la actividad minera de aquellas explotaciones que solo han iniciado el trámite de legalización no contemplan la ejecución de prácticas ambientales, elaboración de medidas de mitigación, prevención de riesgos, de contingencias y la implementación de sistemas de información ambiental acordes con la legislación ambiental.

A juicio de esta Entidad, resulta abiertamente contrario a los artículos 8, 79 y 80 de la Constitución, la renuncia a la aplicación de medidas penales y administrativas a actividades mineras que no cumplen con los mencionados estándares de protección ambiental y seguridad, puesto que la actividad minera que se ejerce sin el lleno de los requisitos legales genera altísimos costos para el medio ambiente, la racionalización del aprovechamiento de los recursos naturales, la seguridad de los ciudadanos y los deberes relacionados con la prevención, mitigación e indemnización de daños ambientales y ecológicos.

En criterio la Defensoría, cuando se trata de la protección de un bien jurídico de importancia mayor para la sociedad, es deber del Estado garantizar que la actividades relacionadas se realicen bajo la mayor vigilancia de las normas. Para esta Entidad, el aparte demandado del Artículo 165 de código minero

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2002.

www.legismovil.com 013

vulnera el principio según el cual es deber del Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. En suma, la normatividad acusada, favorece la producción de la minería en condiciones de precariedad vulnerando los artículos, 8º, 79 y 80 de la Constitución Política.

Para esta entidad, aunque la acción penal es *última ratio,* no existe razón constitucional válida que justifique plenamente su suspensión, interrupción o someter a condicionamiento su ejecución en este caso, máxime, cuando se trata de la garantía de principios constitucionales derivados de la protección del medio ambiente, la planeación del aprovechamiento de los recursos naturales y la realización de los deberes que trae consigo la Constitución Ecológica.

(ii) Cargo 2: El aparte acusado de la norma viola el principio constitucional según el cual deber del Estado de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente.

El Artículo 250 de la Carta política establece que la persecución penal oficial recae en cabeza de la Fiscalía. Esta obligación conmina a la Fiscalía a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos. Dicha obligación sólo puede suspenderse, interrumpirse o renunciar solo en los casos en los que la ley establece el principio de oportunidad, que es una garantía que permite al ente acusador renunciar, interrumpir o suspender la persecución penal conforme a unas causales taxativamente establecidas por el legislador.
De igual forma, el Estado tiene la obligación de garantizar un orden social justo como un principio constitucional (Artículo 2). Dicho principio se garantiza con el cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar conductas que afecten bienes jurídicos fundamentales, en este caso, el medio ambiente y los recursos naturales. No obstante, la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado que la única excepción a dicha obligación es el principio de oportunidad, que implica la renuncia del Estado a perseguir y castigar el delito. En suma, la renuncia a la acción penal se habilita bajo el principio de oportunidad que establece el artículo 250 de la Constitución que debe delimitar el legislador.

A juicio de la Defensoría, el aparte demandado del Artículo 165 del Código Minero resulta en términos prácticos una renuncia y/o suspensión al ejercicio de la persecución penal que, sin embargo, no se ajusta a los elementos que configuran un ejercicio válido del principio oportunidad en materia penal. En criterio de la Defensoría, la disposición acusada introduce una excepción al deber de activar la acción penal a pesar de la existencia de méritos suficientes (Artículo 250 CP) que resulta a todas luces desproporcionada e inadecuada bajo

www.legismovil.com 014

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

los principios constitucionales de garantizar un orden justo (Artículo 2º CP) y contraria a la obligación de llevar a cabo la acción penal (Artículo 250 CP).

Si bien es cierto, al legislador le asiste en materia penal una competencia amplia que encuentra respaldo constitucional de crear, modificar y suprimir figuras delictivas, dicha actividad debe realizarse bajo en criterios de apreciación, análisis y ponderación en consideración de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social (Sentencia C- 387 de 2004). La disposición demandada que no fueron incorporados en la expedición de la norma demandada.

En la Sentencia C-738 de 2009, el Alto Tribunal señaló:

> *"El legislador cuenta con un margen de configuración amplio para definir las causales de procedencia del principio de oportunidad, pero que dicho margen encuentra límite en* ***la naturaleza excepcional de la figura****, que viene impuesta por su condición de ser mecanismo de descongestión del aparato judicial que busca la supresión de la acción penal en contra de conductas delictivas de bajo impacto que pueden no ser sancionadas sin grave detrimento del orden social"*

Es decir, en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, que pueden dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal.

El principio de oportunidad como *excepción a la regla general* que recae sobre la fiscalía de adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que tengan las características de un delito, tiene ciertas finalidades que responden a la racionalización de la actividad investigativa del Estado, la eficiencia de la administración de justicia penal, la respuesta proporcional a los hechos que afectan la estabilidad jurídica (Sentencia C-387 de 2014).

Sin embargo, a juicio de esta Entidad, las afectaciones al medio ambiente y los recursos naturales generan un grave detrimento del orden social. Para la Defensoría del Pueblo, la excepción que a la persecución penal que establece el artículo 165 del Código Minero no cumple con los requisitos de señalar las causales y condiciones específicas de aplicación de la excepción que deben resultar compatibles con la Constitución, particularmente con la vigencia de un orden justo y el principio de legalidad.

www.legismovil.com 015

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

III. CONCLUSIONES Y PRETENSIÓN

En síntesis, como se expuso, la renuncia o suspensión de la acción penal cuando se trata del delito explotación ilegal de yacimientos minerales establecido en el Artículo 165 de la ley 685 de 2001 vulnera los artículo 2, 8, 80 y 250 de la Constitución Política, razón por la cual respetuosamente solicito a la Corte Constitucional, como Defensor del Pueblo y ciudadano en ejercicio, declarar inexequible el aparte acusado de la norma por contrariar los preceptos contenidos en la Constitución Política de 1991.

Con consideraciones de respeto,

JORGE ARMANDO OTÁLORA GOMEZ
Defensor del Pueblo