

¿QUÉ SE PROTEGE REALMENTE CON LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL EN COLOMBIA?

Por: Laura Rojas Escobar¹.

“Me enseñó el Viejo Antonio que uno es tan grande como el enemigo que escoge para luchar, y que uno es tan pequeño como grande el miedo que se tenga”.

Subcomandante Insurgente Marcos²

Resumen:

A partir de un análisis dogmático del delito de explotación ilícita de yacimiento minero (Art. 338 del Código penal colombiano), se pretende evidenciar y criticar el uso del Derecho penal como mecanismo de lucha por una determinada visión de desarrollo, que amplía las desigualdades sociales al eliminar a los pequeños mineros del campo de explotación, so pretexto de proteger el medio ambiente como bien jurídico tutelado por el legislador.

Abstract:

The study pretends to highlight and criticize how the Criminal Law is used as mechanism for fighting certain vision of development. Based on the dogmatic analysis of the illicit exploitation of mineral deposit (Art. 338 of Colombian Penal Code), we will see how its application extends the social inequalities by eliminating small miners in order to conserve the environment as a juridical protected interest by the Legislator.

Palabras clave: Minería ilegal, Derecho penal, orden económico y social, oro, medio ambiente.

Key words: Illegal mining, Criminal law, economic and social order, gold, environment.

Sumario: 1.Introducción. 2. La minería de oro en Colombia, una breve distinción entre los actores que en ella intervienen. 3. ¿Qué se protege realmente con la criminalización de la minería ilegal en Colombia? 3.1 Breve recuento legislativo. 3.2 El bien jurídico declarado: los recursos naturales y el medio ambiente. 3.2.1 Los delitos acumulativos.

¹Artículo presentado para optar al título de Abogada en la Universidad EAFIT, bajo la asesoría de la profesora Dra. Diana Restrepo Rodríguez, Medellín, octubre de 2012, (lrojases@eafit.edu.co).

²Fragmento de la carta enviada a Eduardo Galeano el 2 de mayo de 1995 desde las montañas del sureste Mexicano, Chiapas, México. Publicada en <http://palabra.ezln.org.mx/>, consultada el 30 de septiembre de 2012.

4. Interpretación *de lege data* del delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales -artículo 338 del Código penal-. 4.1 Algunos problemas respecto del principio de legalidad. 4.2 Clasificación del tipo penal de extracción ilícita de yacimiento minero. 4.2.1 Breves consideraciones respecto de la clasificación del delito de extracción ilícita de yacimiento minero como delito de peligro abstracto. 4.2.2 Breves cuestiones sobre la administrativización del Derecho penal. 5. Análisis *de lege ferenda* del delito de explotación ilícita de yacimiento minero (art. 338 del CP). 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El creciente desarrollo de economías extractivas en Colombia, en parte acelerado por un aumento mundial en los precios del oro³, ha generado una fuerte lucha por la explotación de los recursos naturales de la cual el Derecho, y especialmente el Derecho penal, ha participado activamente en la determinación y priorización del modelo ideal de explotación en yuxtaposición a la minería tradicional a pequeña escala.

En la tensión entre progreso y garantía de derechos fundamentales de las comunidades involucradas, se hace necesaria una interpretación garantista de los tipos penales que se aplican en esta disputa por las posibilidades de obtener un derecho legal al ejercicio de la minería, a partir de una postura crítica de las funciones que debe cumplir el *ius puniendi* para que su ejercicio sea legítimo.

Desde un análisis dogmático del delito de extracción ilícita de yacimiento minero (art. 338 del Código penal, en adelante CP), se pretende aportar un criterio de interpretación de un tipo penal poco estudiado por la doctrina nacional⁴ pero recientemente aplicado

³Según datos proporcionados por el World Gold Council, los precios del oro se dispararon a nivel mundial a partir de enero de 2006, luego de una aparente estabilidad que mantuvo en \$430 USD (aprox.) la Onza Troy. En la actualidad se da una tendencia al alza que alcanzó su máximo pico en septiembre de 2011 con un valor de \$1.895 USD la onza. Cfr. World Gold Council, "Interactive Goldprice chart and downloads", 2012, disponible en https://www.gold.org/investment/statistics/gold_price_chart/, consultado el 7-10-2012.

⁴En la recopilación bibliográfica se encontraron muy pocos textos que trataran puntualmente el delito de extracción ilícita de yacimiento minero en Colombia. En orden de profundidad son Erika Fernández Posada, "El tipo penal de minería ilegal en Colombia (Exploración, explotación, extracción ilegal de yacimientos mineros y otros materiales art. 338 del Código penal)", AA.VV., *Estudios de Derecho Penal, libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, 2012; Juliana María Cañón de la Rosa y Germán Erasso Camacho, *El papel del Derecho penal en la tutela del ambiente*, Trabajo de grado para optar al título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 111- 119 publicado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS03.pdf> (Consultado el 04- 10-2012); Alfonso Cadavid Quintero, "La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano", en Adán Nieto Martín, Omar A. Mejía Patiño (Coord.), *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla – La Mancha, 2009, pp. 257- 273; Juan P. Galeano Rey, Julio C. Montañéz Ruíz, "Delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales", en

en extenso⁵, en medio de un ambiente de confusión por la complejidad de las diversas categorías que se pretenden desglosar en el desarrollo del artículo.

Se espera realizar una primera aproximación al debate, con la finalidad de brindar herramientas conceptuales para todos los operadores jurídicos, no necesariamente especialistas en Derecho penal, toda vez que los planteamientos posteriores corresponden a un punto de partida de una investigación en proceso que debe nutrirse de los diálogos sociales que sobre el modelo de desarrollo y progreso se están cursando actualmente en los distintos escenarios tanto institucionales como informales.

La perspectiva escogida para el análisis es exclusiva de la minería de oro a partir de una distinción de los actores principales que en ella participan. Esto es así, en primer lugar, por la necesidad de limitar todo el espectro que cubre la extracción de recursos naturales no renovables en Colombia, y las problemáticas, lógicas y normatividades particulares que existen dependiendo del tipo de minería; en segundo lugar, porque si bien es cierto que con la crisis del petróleo actualmente hay un aumento en la demanda de fuentes energéticas alternativas como el carbón, en tiempos de zozobra financiera internacional los inversores siguen priorizando “valores refugio” que no se devalúan y por tanto mantienen la vigencia de la rentabilidad del capital, siendo el oro “la materialización última de la riqueza de un agente económico”⁶; y finalmente, porque la mayoría de los operativos que se realizan en la actualidad por parte de la Fiscalía y la

AA. VV., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Editorial Temis, 2011, pp. 475 - 507; Yesid Reyes Bastidas, *El Derecho ambiental*, Segunda edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 88.

⁵Sobre este punto debe manifestarse que es sumamente complejo encontrar información oficial sobre los operativos y capturas realizadas por el delito de extracción ilícita de yacimiento minero. De las noticias publicadas en los diferentes medios de comunicación puede inferirse un aumento significativo de los mismos a partir del año 2010. Ver entre otras “*Capturados por explotación minera en Ovejas*”, 20 marzo de 2012, Sincelejo, Periódico El Universal, publicado en <http://www.eluniversal.com.co/monteria-y-sincelejo/sucesos/capturados-por-explotacion-minera-en-ovejas-69626>; “*20 personas capturadas por minería ilegal en Riosucio*”, 20 de septiembre de 2012, La Patria, Manizales, publicado en <http://www.lapatria.com/sucesos/20-personas-capturadas-por-mineria-ilegal-en-riosucio-15342>; “*17 capturados por explotación ilícita en yacimiento minero*”, Ayapel, Córdoba, Periódico EL Universal, publicado en <http://www.eluniversal.com.co/monteria-y-sincelejo/sucesos/17-capturados-por-explotacion-ilicita-de-yacimientos-mineros-64556>; “*Nueve asegurados por delitos contra el medio ambiente*”, Bogotá, 7 marzo de 2012, Fiscalía General de la Nación, publicado en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/nueve-asegurados-por-delitos-contra-el-medio-ambiente/>; “*Capturados ocho personas por minería ilegal*”, 14 agosto de 2012, Periódico El Colombiano, publicado en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/M/mineria_ilegal_capturadas_ocho_personas_en_caldas/mineria_ilegal_capturadas_ocho_personas_en_caldas.asp; “*Doce personas capturadas por extracción ilegal de oro en Zaragoza*”, 7 octubre de 2012, El País, publicado en <http://www.elpais.com.co/elpais/valle/noticias/doce-personas-capturadas-por-extraccion-ilegal-oro-zaragoza>; Consultados el 07-10-2012.

⁶Javier Santacruz Cano, “La importancia actual de los valores refugio como el oro”, Madrid, Oro y Finanzas.com, 8 de agosto de 2012, publicado en <http://www.oroymas.com/2012/08/importancia-actual-valores-refugio-como-oro/>, consultado el 07-10-2012.

Policía Nacional para perseguir la minería ilegal en Colombia se llevan a cabo en zonas de explotación aurífera.

Se tratará de dar una interpretación acorde a la Constitución y una propuesta *de lege ferenda* que abandone la actual protección penal real de un orden económico que perpetúa las brechas de desigualdad social⁷, las cuales obedecen a fenómenos más complejos que la presión política nacional, y que se evidencian a partir de una regulación legal que atrae la inversión extranjera y, específicamente, el uso del Derecho penal como herramienta para conseguir dichas finalidades del mercado.

2. LA MINERÍA DE ORO EN COLOMBIA, UNA BREVE DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTORES QUE EN ELLA INTERVIENEN.

El desarrollo económico en Colombia tradicionalmente ha estado determinado por la explotación de los recursos naturales. En la actualidad, se ha trazado una política minera nacional que busca impulsar, en clave del neoliberalismo⁸ globalizado, estrategias de extracción que posicionen al país como un nicho atractivo de inversión, que en palabras del Ministerio de Minas y Energía, está “sustentado no sólo en una potencialidad geológica muy grande, sino también producto de la legislación minera, de la política de seguridad democrática [y] de las estrategias para generar mayor confianza”⁹; las cuales a 2019 posicionen al país como una de las industrias mineras más importantes en Latinoamérica, tras haber cuadruplicado la exportación de oro respecto de la producción actual¹⁰, entre otras ambiciosas metas.

⁷Según datos proporcionados por el Banco Mundial, el índice de Gini (indicador de desigualdad) en Colombia para el año 2010 fue de 55.9, siendo 100 el valor de la “inequidad perfecta”. Adicionalmente, se señaló que de los 46,93 millones de habitantes, el 37.2% se encontraba debajo de las líneas de pobreza. Cfr. Banco Mundial, publicado en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>, consultado el 07-10-2012.

⁸De la mano de la socióloga Rosa Melina Lasso Lozano, por neoliberalismo se va a entender “un principio de política económica según el cual los precios son el indicador central para el análisis de las asignaciones de los factores productivos: el capital, la tierra, el trabajo, la tecnología, el conocimiento. No es sólo un sistema económico; contiene una serie de cambios en los principios sobre política, justicia y organización de la sociedad” Rosa Melina Lasso Lozano, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas: Estrategias de conservación y transformación en tiempos de globalización*, Trabajo de grado para optar al título de socióloga, Manizales, Universidad de Caldas, 2011, nota al pie 2, p. 6.

⁹Departamento Nacional de Planeación DNP, *Resumen ejecutivo de la política de promoción y divulgación del país minero*, Bogotá, 2010, publicado en https://spi.dnp.gov.co/App_Themes/SeguimientoProyectos/ResumenEjecutivo/RESUMEN%20EJECUTIVO%20DE%20LA%20POLITICA%20DE%20PROMOCION%20Y%20DIVULGACION.pdf, consultado el 4 de septiembre de 2012.

¹⁰ Ver el Plan Nacional de Desarrollo Minero 2019, Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, Ministerio de Minas y Energía, Colombia, 2006, publicado en http://www.upme.gov.co/Docs/PNDM_2019_Final.pdf, consultado el 4 de septiembre de 2012.

El oro ha sido históricamente un “sinónimo de riqueza, objeto de atesoramiento y medio de pago”¹¹, que desde la Colonia ha marcado fuertemente las relaciones de disputa por el capital económico. Fue el sueño español de encontrar El Dorado lo que marcó las fronteras de expedición en aquella época, que posteriormente dieron origen a la configuración socio cultural del país¹² y cuyo esquema económico de dominación aún subyace en las políticas gubernamentales: “extraer para luego exportar los metales preciosos a la Metrópoli sin ningún valor agregado”¹³, es decir dado que “el negocio es 100% privado, solamente nos quedan las regalías”¹⁴.

Adicionalmente, la entrada de inversores especulativos al mercado del oro ha producido un alza considerable de precios, lo cual ha atraído particularmente la atención del Banco Mundial, quien facilita amplios préstamos y financiaciones a cambio de una alianza con los gobiernos nacionales que deben comprometerse al impulso de la explotación a gran escala a pesar (y a veces a propósito) de las masivas violaciones a los derechos humanos, los conflictos armados internos y la contaminación ambiental¹⁵.

Si bien los actores que participan en la explotación de la minería de oro en Colombia no están clasificados legalmente en la actualidad, puesto que la Ley 685 de 2001 derogó “la distinción conceptual entre pequeña, mediana y gran minería y, de este modo, la posibilidad de mantener espacios y establecer reglas de juego diferenciadas para cada una de ellas”¹⁶, a efectos del presente análisis se acogerá el criterio del anterior Código de Minas (Decreto 2655 de 1988, art. 15) el cual discrimina según el volumen de material extraído durante un determinado período de tiempo, evidenciando el diferente grado de acceso a los medios de producción en cada nivel. Así, se tienen en consideración factores como la inversión, el valor de la producción, el empleo y el

¹¹Rosa Melina Lasso Lozano, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas*, cit., p. 14.

¹²Julio Fierro Morales, *Políticas Mineras en Colombia*, Bogotá, Instituto para una Sociedad y Derecho Alternativos ILSA, 2012, p. 31.

¹³Ibíd., p.32.

¹⁴Ibíd., p.47. De acuerdo con la Actualización de la Cartilla *Las Regalías en Colombia*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2007, publicada en http://www.simco.gov.co/simco/documentos/Regalias/ACT_cartilla_regalias.pdf, consultado el 4 de septiembre de 2012.

Las Regalías son la “contraprestación económica que recibe el Estado por la explotación de un recurso natural no renovable cuya producción se extingue por el transcurso del tiempo”. Cuando la explotación es de Oro, debe pagarse el 4% sobre el valor de la producción en boca de mina de acuerdo con el art. 16 de la Ley 756 de 2002.

¹⁵Rosa Melina Lasso Lozano, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas*, cit., p. 34.

¹⁶Gloria Patricia Lopera Mesa, *Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad*, Medellín, Pendiente de publicación, 2012, p. 43, (subrayas propias).

grado de mecanización de la mina a efectos de determinar la capacidad de cada uno de los agentes y de diferenciar el correspondiente tratamiento legal.

En palabras de Rosa Melina Lasso Lozano¹⁷, los pequeños mineros subsisten por la tradición generacional de su oficio, logrando participación política a partir de su filiación a diversas organizaciones sociales que defienden su conocimiento histórico y reivindican los métodos artesanales como el barequeo¹⁸ y la minería de filón o socavón¹⁹. Generalmente, no utilizan medios mecánicos o químicos para la extracción; razón por la cual su capacidad contaminante al ambiente es mínima o nula. El art. 1 de la Ley 1382 de 2010 (adicionado al art. 16 de la Ley 685 de 2001) pretendió regular la minería tradicional como “aquella que realizan personas o grupos de personas o comunidades que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el registro minero nacional y que acrediten que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua durante cinco (5) años, a través de documentación comercial y técnica, y una existencia mínima de diez (10) años anteriores a la vigencia de esta ley”. En la práctica esta norma quedó anquilosada como una declaración de aparentemente buena voluntad, en tanto los requisitos para la legalización son de imposible cumplimiento para esta población (exigencias probatorias que no atienden a la realidad de los mineros tradicionales, estudios de alto costo y nivel científico, plazos que superan la misma capacidad de gestión del Estado, entre otros) y terminan convirtiéndose en “un proceso tortuoso y de alto costo en tiempo y dinero, frente a las ventajas limitadas que ofrece”²⁰. Adicionalmente, por ser zonas periféricas el Gobierno no está en capacidad de suministrar las condiciones idóneas para salir de la informalidad, lo que termina redundando, como se verá más adelante, en una réplica de la selectividad del sistema económico que fomenta la persecución penal hacia los menos favorecidos.

Por su parte, la mediana minería la componen empresarios nacionales que han alcanzado un buen grado de profesionalización, con vinculación directa de mano de obra técnica y calificada, y que por tanto tienen un mejor posicionamiento en la escala económica. Finalmente, la gran minería, caracterizada por una inmensa inversión de

¹⁷Rosa Melina Lasso Lozano, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas*, cit., pp. 45 y ss.

¹⁸Según el Glosario de términos mineros, elaborado por el Ministerio de Minas y Energía de Colombia en agosto de 2003, en cumplimiento del art. 68 de la Ley 685 de 2001 (Actual Código de Minas), el cual contempla la obligación de definir una lista de términos técnicos que brinden claridad a los particulares, autoridades Mineras y funcionarios públicos en la elaboración, presentación y expedición de documentos. Adoptado por el Decreto presidencial 2191 del 4 de agosto del año 2003. Consultado en <http://plataformaenergetica.org/obie/system/files/Glosario%20Minero.pdf>, el 20-08-2012, por **barequeo** se entiende el lavado de arenas por medios manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos, con el objetivo de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas.

¹⁹La minería de filón o socavón es la extracción de material aurífero que se realiza bajo tierra.

²⁰Defensoría del Pueblo, *La minería de hecho en Colombia*, Informe Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente, Bogotá, Imprenta Nacional, 2010, p.26.

capital extranjero, es desarrollada a través de multinacionales quienes explotan en su gran mayoría a cielo abierto, incorporando tecnología de punta y maquinaria especializada que facilita la explotación simultánea de todo tipo de mineral que se encuentre en la zona, pero que a su vez genera fuertes externalidades ambientales de las cuales no se hacen responsables, y que como se verá más adelante, realmente lesionan el bien jurídico protegido (medio ambiente) a pesar de que la extracción se realiza con los permisos mineros en regla.

Bajo esta perspectiva, se hace necesario y urgente un análisis del tipo penal que criminaliza la minería ilegal (art. 338 del Código Penal) en clave a la diferenciación entre quienes encajen en dicha ilegalidad, toda vez que por las circunstancias que rodean a la pequeña minería, son los mineros tradicionales quienes terminan siendo el blanco fácil de la persecución penal, teniendo en cuenta que en el país el 86.7% de la explotación aurífera (de aluvión y veta) se efectúa sin título minero²¹.

3. ¿QUÉ SE PROTEGE REALMENTE CON LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL EN COLOMBIA?

3.1 BREVE RECUENTO LEGISLATIVO

A pesar de que en Colombia la minería ha sido históricamente una fuerte actividad económica, sólo se hace uso del recurso criminalizador como mecanismo de protección desde el Código penal de 1980²². Ni en el anterior Código penal (1936), ni en el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) había referencia alguna como delito o contravención a las conductas que atentaran contra dicha actividad o a través de ella contra el medio ambiente.

Así, con la expedición del Código penal de 1980 aparecen 6 conductas agrupadas bajo el título de *“delitos contra el orden económico y social”*, las cuales obedecieron a la positivización de las preocupaciones recogidas por la conferencia de Naciones Unidas de Estocolmo (1972), donde básicamente se puso en evidencia la problemática ecológica del momento a raíz de la acelerada evolución y transformación del ambiente en clave a las consecuencias de un desarrollo que generaba incalculables brechas sociales y que deterioraba las condiciones esenciales para el disfrute de los derechos humanos.

²¹“En la medida que la mina va creciendo, tiende a tener título minero, sin embargo, predomina[n] las minas pequeñas en Colombia”, Carlos Andrés Cante Puentes, *Formalización para el desarrollo social en la minería*, Dirección de la formalización minera, Ministerio de Minas y Energía, Bogotá, mayo de 2012, publicado en <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Mineria/Presentaci%C3%B3n%20MME%20-%20Carlos%20Cant%C3%A9.pdf>, consultado el 4 de septiembre de 2012.

²²Decreto Ley 100 de 1980.

De esta forma, el legislador tipificó²³ actividades de explotación ilegal de riqueza piscícola, forestal y minera, así como también la explotación indebida de esmeraldas, sustancias radioactivas, indebido aprovechamiento de la fauna, daño en los recursos ambientales y contaminación ambiental.

Particularmente en materia de Derecho minero, se consagró el delito de explotación ilícita de yacimiento minero, contenido en el artículo 244. La redacción inicial fue la siguiente:

ARTICULO 244. EXPLOTACION ILICITA DE YACIMIENTO MINERO. El que ilícitamente explote yacimiento minero, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta mil a cinco millones de pesos.

A partir de la Constitución Política de 1991, se reabrió la preocupación por la protección y conservación de los recursos naturales, en tanto ésta trajo una cantidad de disposiciones que desde el mismo preámbulo obligan al Estado a tener un papel activo en la garantía de “un orden político, económico y social justo”. De esta forma, la consagración del medio ambiente sano como derecho (art. 79 Constitución Nacional, en adelante CN), la garantía del desarrollo sostenible de los recursos naturales, el mandato de protección, sanción y exigencia de reparación de daños en casos de deterioro ambiental (art. 80 CN) y la declaratoria expresa del Estado como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332 CN), junto con otras disposiciones más, ha dado lugar a que se le conozca como una verdadera “Constitución Ecológica”²⁴, y que en virtud de ello se promuevan una cantidad de reformas legales como avances del concepto recién introducido de “desarrollo sostenible” y aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente²⁵.

En el ámbito penal, esto repercutió en las modificaciones introducidas por la Ley 491 de 1999, en virtud de la cual se adicionó el Título III BIS al Título VII de “los delitos contra

²³Ilícito aprovechamiento de recursos biológicos (Art. 242), Invasión de áreas de especial importancia ecológica (art. 243), Explotación o exploración ilícita minera o petrolera (art. 244), Manejo ilícito de microorganismos nocivos (art. 245), Omisión de información (art. 245 Bis), Daños en los recursos naturales (art. 246) y Contaminación ambiental (art. 247).

²⁴ Jorge Caldas Vera, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 57; Marta Isabel Gómez Vélez, *Protección Penal del Medio Ambiente y los recursos naturales en Colombia. Análisis político criminal*, Trabajo de grado, Maestría en Derecho, Universidad de Antioquia, 2012, p. 28; Luis Fernando Macías Gómez, *Introducción al Derecho ambiental*, Bogotá, Legis, 1998, p. 35.

²⁵Tales como la Ley 99 de 1993 por la cual se crea el Ministerio de Medio ambiente y se ordena “la exigencia de licencia ambiental para aquellas actividades que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales rentables o al medio ambiente”, ampliar en Liliana Mariño, “La perspectiva minera del país como reto a la reformulación de un estatuto ambiental”, en *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de los recursos naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 437.

el orden económico social”, correspondiente a “los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, y que puntualmente modificaba el art. 244 en lo siguiente:

ARTICULO 244. EXPLOTACION O EXPLORACION ILICITA 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.

Así, se dio una variación al menos formal del bien jurídico protegido con este tipo de delitos, en tanto la anterior disposición requería de una interpretación amplia que permitiera abarcar al medio ambiente, toda vez que no había ninguna precisión técnica que permitiera derivar de los delitos ambientales “una ruptura en el orden económico de un país”²⁶. Sin embargo, para ese entonces las intenciones latentes coincidían con las declaradas, puesto que tanto en el discurso como en la práctica, el interés de proteger penalmente los recursos naturales pasaba por la utilidad que éstos tenían (y siguen teniendo hoy) en la estructuración y mantenimiento de un modelo económico de desarrollo capitalista. Con el tránsito hacia el medio ambiente como bien jurídico protegido, la legitimidad de la persecución penal debió cambiar sustancialmente. Las razones que justificaran la punición debían ser la lesión o puesta en peligro del ambiente sano, modificando de esta forma la interpretación de cada uno de los tipos penales a partir de este nuevo punto de análisis (a pesar de que como se vio anteriormente estos delitos ya existían cuando se cambió el discurso).

Con la promulgación de un nuevo Código penal en el año 2000, se mantuvo la modificación de la Ley 491 respecto al nombre del título que abarcara los delitos medioambientales, a efectos de puntualizar el interés jurídicamente tutelado²⁷ en el recién expedido arsenal de delitos. En los artículos 328 a 339, se consagraron un total de 11 conductas punibles y la modalidad culposa de 3 de ellos (Daños en los recursos naturales, Contaminación ambiental y Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo), adicionando a los ya existentes los siguientes: Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales (art. 329), Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo (art. 333), Experimentación ilegal en especies animales o vegetales (art. 334), Ilícita actividad de pesca (art. 335) y Caza ilegal (art. 336).

²⁶Caldas Vera, Jorge, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, cit., p. 60.

²⁷Ver exposición de motivos del actual Código penal (Ley 599 de 2000), Exposición de motivos del proyecto de ley 40 de 1998 del Senado, presentado por la Fiscalía general de la Nación.

Posteriormente, se expidió la Ley 1453 de 2011²⁸, la cual creó, entre otros tipos penales, el manejo ilícito de especies exóticas (art. 330A) y la contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos (art. 332A).

En materia de minería, se introdujeron los siguientes cambios: se tipificó la modalidad específica de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero tanto en comisión dolosa como imprudente, y se adicionó al tipo de explotación ilícita de yacimiento minero lo siguiente:

ARTICULO 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 treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.2 EL BIEN JURÍDICO DECLARADO: LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

El límite material por excelencia a la intervención punitiva es el concepto de bien jurídico. A partir de su determinación, se le dice al Legislador que no obstante goza de legitimidad democrática, una conducta no puede sancionarse sólo por un mero capricho suyo o porque resulte popularmente atractivo su castigo. Esto en virtud de entender que el Derecho penal tiene unos fines claramente establecidos y *“no puede concebirse como un instrumento más de la política ordinaria para la consecución de cualquier otra finalidad de control o integración social que no sea justamente la señalada: la protección de bienes fundamentales y la prevención de castigos inútiles mediante el menor uso posible de la fuerza”*²⁹.

El artículo 11 del Código penal colombiano señala como condición necesaria (más no suficiente) para que un hecho sea punible que éste lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

De la mano de Claus Roxin, entenderemos por bienes jurídicos aquellas *“realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal*

²⁸Conocida como la Ley de seguridad ciudadana.

²⁹Luis Prieto Sanchís, *Garantismo y Derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, p.113.

*erigido para la consecución de tal fin*³⁰. De este modo, se acoge un concepto “personal” de bien jurídico, el cual ha sido desarrollado en extenso por la Escuela de Frankfurt³¹, a partir del cual la referencia de protección debe ser individual, incluso en aquellos bienes jurídicos de la comunidad, que sólo son admisibles en tanto sirvan al individuo. Así, deben excluirse prohibiciones motivadas por la ideología, la moralidad, los sentimientos, el paternalismo Estatal o meros efectos simbólicos sobre la sociedad.

Adicionalmente, al entender que los bienes jurídicos resultan ser un instrumento idóneo para la racionalización penal, nos inclinamos por un modelo constitucionalizado del bien jurídico³² a partir del cual los intereses relevantes tutelados penalmente deben tener referencia al menos implícita en la Constitución en un sentido restringido³³, excluyéndose las conductas que no sean lesivas o que carezcan de un bien jurídico cuya tutela se justifique desde la perspectiva constitucional³⁴.

Así, la consagración de bienes jurídicos colectivos responde a la necesidad de criminalizar acciones que si bien no atentan directamente contra bienes jurídicos individuales, sí suponen una tutela compartida entre toda la sociedad, indivisible e indisponible para sus titulares (al menos de forma unilateral)³⁵ y en conexidad directa con la realización de dichos intereses personales.

Ahora bien, con el énfasis que la Constitución de 1991 dio al medio ambiente³⁶ se pretendió enfrenar los actuales riesgos de contaminación y explotación de recursos a través del Derecho penal, haciéndose un acoplo de las garantías y límites tradicionales

³⁰Claus Roxin, “¿Es la protección penal de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Claus Roxin, *Fundamentos político – criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 124.

³¹Cfr. Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999. Especialmente el Capítulo II titulado “Viejo y nuevo Derecho penal” donde se declara que la base de las consideraciones críticas a desarrollar son producto de discusiones habidas entre los penalistas de Frankfurt.

³²Postulado desarrollado en Italia por Franco Bricola y expuesto por Diana Restrepo Rodríguez, “Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano”, publicado en la *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 75, Medellín, Universidad EAFIT, julio – diciembre de 2010, específicamente pp. 140 y ss.

³³Ibíd., p. 141.

³⁴Un caso concreto donde se reivindicó el principio de lesividad fue la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 447A del Código penal, el cual establecía “*quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, incurrirá en la misma pena del artículo anterior*”. En la sentencia C-205 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte consideró entre otros argumentos, que la conducta descrita carecía de bien jurídico y que por tanto su punición resultaba ilegítima.

³⁵Susana Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, pp.193 y ss; Ronald Hefendehl, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *RECPC*, 04-14, 2002, consultado en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf. Quien incluye como criterios determinantes en la diferenciación de los bienes jurídicos colectivos la *no exclusión en el uso y no rivalidad en consumo*: “Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma” p. 4.

³⁶ Ver Supra p. 8, nota al pie 24.

del *ius puniendi* al aparentemente nuevo fenómeno. Desde esta mirada, la Corte Constitucional empezó a señalar que “la protección del ambiente superaba nociones que lo entendían con un insumo del desarrollo humano, al cual había que cuidar simplemente porque su desprotección significaría un impedimento para nuestro progreso. El ambiente es visto como contexto esencial del transcurso de la vida humana, razón por la cual se entendió que su protección se desarrollaba sobre el fundamento de la armonía con la naturaleza y que el accionar de los seres humanos debe responder a un código moral, que no implica nada distinto a un actuar acorde con su condición de seres **dignos**, concepción que se ubica en las antípodas de una visión que avale o sea indiferente a su absoluta desprotección, así como que se aleja de una visión antropocentrista, que asuma *a los demás* –a los otros- integrantes del ambiente como elementos a disposición absoluta e ilimitada de los seres humanos”³⁷. Estas declaraciones son fundamentales para entender que la actual protección ambiental, desde una perspectiva constitucional, no puede ser aquella que tutela realmente el desarrollo en términos meramente patrimoniales.

No obstante las buenas intenciones del Legislador y de los jueces constitucionales, los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales flexibilizaron las garantías propias del Derecho penal liberal, y hoy se constituyen en ejemplo puntual de un “moderno Derecho penal” alejado de los ideales de certeza y subsidiariedad de la filosofía liberal ilustrada que irradiaba las aspiraciones de un sistema punitivo legítimo³⁸. La implementación de delitos de peligro abstracto, tipos acumulativos, normas penales en blanco y bienes jurídicos colectivos de contenido difuso son los baremos a partir de los cuales se intentará en los acápite subsiguientes demostrar la inconveniencia e ilegitimidad de esta opción criminalizante.

3.2.1 LOS DELITOS ACUMULATIVOS

Con la finalidad de brindar una protección ulterior en sí misma a los bienes jurídicos colectivos (es decir, también frente a casos en los que individualmente considerada la conducta no genera un compromiso idóneo para el objeto de protección), el Legislador tiene en cuenta para su punición el daño que potencialmente podría materializarse si muchos ciudadanos desplegaran la acción simultáneamente, fundamentando el castigo en el fenómeno de la acumulación de los resultados de conductas plurales y sin conexión³⁹.

³⁷ Cfr. Sentencia C – 366 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ Ampliar en Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, cit., pp.17 y ss.

³⁹ Ver entre otros, Augusto Silva Dias, “« ¿Y si todos lo hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *ADPCP*, Vol. LVI, Madrid, Ministerio de Justicia, 2003, publicado en <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/2000-2004/resto2003.pdf>; Jesús María Silva

En materia medioambiental, esta estrategia resulta altamente atractiva a pesar de que constituye una vulneración “al principio de responsabilidad subjetiva desde el cual sólo es imputable aquello que sea previsible y dominable, por lo que no se puede atribuir responsabilidad allí donde el sujeto no controla el curso del suceso y, más aún, cuando el resultado de riesgo o de lesión sólo es probable bajo el supuesto de la concurrencia de pluralidad de agentes”⁴⁰. Y no se olvide que el ordenamiento penal colombiano es claro en prohibir, en el inciso 2 del art. 12 CP, cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva.

Adicionalmente, tampoco se exige una acumulación actual, introduciéndose riesgos hipotéticos que a priori justifican la prohibición, es decir, en muchos casos se hace imposible probar, por la complejidad de la situación, que el hecho individualmente considerado efectivamente incrementa “las potencialidades peligrosas” del riesgo, razón por la cual, en las lógicas selectivas del Derecho penal, esto se traduce en que a pesar de la existencia de los “déficits de control [que] impiden individualizar perfectamente al sujeto que deba ser sancionado”⁴¹ éste se castiga con la finalidad de mostrar resultados de una aparente protección al ambiente.

Esos “peligros globales” que tanto atormentan al Legislador⁴², son producto de visiones político criminales expansionistas y de una “modernización” del Derecho penal⁴³ en clave a los nuevos riesgos que, no obstante son un peligro presunto para los bienes

Sánchez, “Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente”, en Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.), *Derecho penal y modernidad*, Lima, ARA Editores, 2010, pp. 295- 318; Diana Patricia Arias Holguín, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Madrid, lustel, 2011, pp. 100 – 104, Marta Isabel Gómez Vélez, *Protección Penal del Medio Ambiente y los recursos naturales en Colombia. Análisis político criminal*, cit., pp. 61- 64; una postura legitimizante de la acumulación en materia administrativa, pero crítica bajo la óptica penal en Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2011, pp. 138 y ss.; críticamente, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Manual De Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 376: “no hay ninguna conducta, por inofensiva que sea, que universalizada no cause un caos: si todos pasásemos el día practicando gimnasia, se paralizaría la producción, de donde no puede deducirse que la práctica de gimnasia constituya un peligro para la economía”.

⁴⁰Diana Patricia Arias Holguín, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, cit., pp. 102 -103.

⁴¹Jesús María Silva Sánchez, “Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente”, cit., p. 304.

⁴²Cfr. Antonio García- Pablos de Molina, *Introducción al Derecho penal*, Cuarta edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 552 y ss.

⁴³Cfr. Entre otros a Winfried Hassemer, “Viejo y nuevo Derecho penal”, en Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, cit., pp. 15-37; Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001; Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.; Juan María Terradillos Basoco, “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (coord.), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004; Bernd Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

jurídicos, se tiene la falsa idea según la cual no pueden dejarse librados al azar so pretexto de un pánico social colectivo.

“Aunque la experiencia y la estadística demuestren la peligrosidad de una modalidad de conducta, puede que en el caso concreto dicha peligrosidad no se plasme e, incluso, de antemano quede excluida una peligrosidad superior a los riesgos generales de la vida. Por ejemplo, ello ha provocado que haya un acuerdo doctrinal generalizado desde hace tiempo [sic] que no se puede penar sin más la conducción sin permiso de conducir. Un conductor puede carecer de habilitación pero tener una experiencia al volante del automóvil que haga que su forma de conducir no resulte más peligrosa que la de un conductor con habilitación”⁴⁴ (Subrayas propias).

Ante el ataque a la garantía de la lesividad, no queda otro camino que seguir insistiendo en su vigencia para lograr pensar alternativas de protección al medio ambiente que resulten efectivas desde otras instancias⁴⁵ que, además de lograr una

⁴⁴Bernardo Feijóo Sánchez, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, Civitas, 2005, p. 320.

⁴⁵Tales como las medidas preventivas y las sanciones administrativas consagradas en la Ley 1333 de 2009, las cuales son bastante fuertes:

Artículo 36. Tipos de medidas preventivas. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible y las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos, los establecimientos públicos que trata la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, impondrán al infractor de las normas ambientales, mediante acto administrativo motivado y de acuerdo con la gravedad de la infracción alguna o algunas de las siguientes medidas preventivas:

Amonestación escrita.

Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.

Aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres.

Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos (...)

Artículo 40. Sanciones. Las sanciones señaladas en este artículo se impondrán como principales o accesorias al responsable de la infracción ambiental. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a los que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos que trata el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, impondrán al infractor de las normas ambientales, de acuerdo con la gravedad de la infracción mediante resolución motivada, alguna o algunas de las siguientes sanciones:

1. Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
3. Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.
4. Demolición de obra a costa del infractor.
5. Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.

mejor incidencia sobre el problema, respetan la subsidiariedad penal y su carácter de *ultima ratio*⁴⁶.

Finalmente no puede olvidarse que “dadas las exigencias del principio de proporcionalidad el ilícito penal debe generar un compromiso de entidad para el bien jurídico, y como la responsabilidad ha de asumirse por las propias actuaciones, resulta difícilmente sustentable en clave de principios la punición de conductas que individualmente no alcanzan a comprometer ni el sistema ambiental en su conjunto, ni los subsistemas que lo integran, y que solo resultarían problemáticas fruto de su acumulación con las de otros ciudadanos sobre cuyas actuaciones no se tiene responsabilidad”⁴⁷.

4. INTERPRETACIÓN DE LEGE DATA DEL DELITO DE EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES -ARTÍCULO 338 DEL CÓDIGO PENAL-

Ahora bien, tras haberse determinado que el bien jurídico tutelado es el medio ambiente, es importante analizar la estructura típica del delito de explotación ilícita de yacimiento minero (art. 338 CP) con la finalidad de precisar cuáles son las conductas realmente sancionadas por el Legislador.

En primer lugar, debe decirse que el *sujeto activo* de este delito puede ser cualquier persona natural, toda vez que el tipo penal no exige una calificación especial para el autor, mencionándose solamente “El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga (...)”.

No obstante lo anterior, no todos los actores que participan en el campo de la minería de oro tienen igual capacidad de lesión al bien jurídico tutelado. Por la misma caracterización de los pequeños mineros como agentes tradicionales con mínimo acceso a los medios de producción, puede decirse que a pesar de carecer de permiso

7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

⁴⁶Para una visión contraria Cfr. Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp.183 y ss., donde se sostiene que “la calificación de los bienes jurídicos supraindividuales como «intereses difusos», pone ya de manifiesto el reproche acerca de su legitimidad. Una de las objeciones a la protección de bienes jurídicos supraindividuales es la ruptura de los principios básicos del Derecho penal que supone castigar una conducta sin verificar la existencia de peligro, incriminando la mera desobediencia. Estas críticas y otras a las que haremos referencia, sólo serían válidas si se defienden determinados conceptos de bien jurídico – penal (...) *En particular, la concepción del bien jurídico exclusivamente referido a valores, determinadas propuestas de la teoría de la dañosidad social que llegan a sustituir el concepto de bien jurídico por el aseguramiento de las expectativas normativas* –nota al pie 391, p. 183-”.

⁴⁷Alfonso Cadavid Quintero, “La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano”, cit., p. 268, subrayas propias.

(título minero) no tienen potencialmente ninguna incidencia de daño o contaminación individualmente considerados, mientras que la mega-minería ejercida a través de la explotación a gran escala y con el respectivo título minero, siempre traerá consigo una destrucción del entorno donde se ejerza, evidente en los efectos secundarios de la explotación tales como la diseminación de cantidades de polvo provenientes de las explotaciones de millones de toneladas de roca⁴⁸, la contaminación de las aguas –tanto las utilizadas para el tratamiento de minerales, como aquellas que se encuentran en el área y son destinadas para el consumo doméstico y la producción de alimentos⁴⁹-, el cambio en el curso de los ríos y la contaminación auditiva producto de grandes explosiones de dinamita que genera cambios en el hábitat, comportamiento alimenticio y reproductivo de los animales del lugar⁵⁰, entre otros. Así, desde una perspectiva de real protección ambiental como la que indica la Corte Constitucional, nunca un pequeño minero podrá ser sujeto activo de este tipo penal, mientras que quien sea responsable (con las dificultades propias de la responsabilidad penal en el ámbito empresarial, máxime si se trata de entes con toma de decisiones basadas en órganos de dirección plurisubjetivos) de actividades de mega-minería, en principio sería un sujeto idóneo para la comisión del delito. Ahora bien, la mayor discusión en cuanto a la idoneidad del sujeto activo para la realización de la conducta típica, se presentará frente a la mediana minería, en donde de acuerdo a los medios que utilice se tendrá que dar un análisis particularizado.

En segundo lugar, el *sujeto pasivo* es el Estado, toda vez que de acuerdo con el art. 332 de la Constitución Nacional y el art. 5 de la Ley 685 de 2001 (actual Código de Minas), es el Estado el titular del subsuelo y los recursos naturales. No obstante, como se dice que la ofensa se comete contra toda la colectividad (quienes finalmente constituyen el elemento esencial del Estado⁵¹), debe advertirse que no pareciera loable

⁴⁸“La megaminería y sus irreparables daños”, en *Revista digital Buena Siembra*, publicado en <http://buenasiembra.com.ar/ecologia/articulos/la-megamineria-sus-irreparables-danos-1220.html>, consultado el 08-10-2012.

⁴⁹ “Para la extracción de minerales como el oro, suelen utilizarse productos altamente tóxicos como el cianuro que contaminan la tierra y las fuentes hídricas de la zona y por ende impide la vida de las comunidades habitantes. Un ejemplo de esto es el proyecto Angostura que finalmente no obtuvo la licencia ambiental, para el que estaba previsto utilizar 40 toneladas de cianuro al día durante 15 años que iba a durar la solicitud”, “El «boom» minero-energético”, en *Colombia*, Boletín informativo No. 18, noviembre de 2011, p. 6, publicado en http://www.pbi-colombia.org/fileadmin/user_files/projects/colombia/files/colomPBla/111122_boletin_final_web.pdf, consultado el 08-10-2012; Cfr. Julio Fierro Morales, *Políticas Mineras en Colombia*, cit., p.197 y ss.

⁵⁰ “El «boom» minero-energético”, en *Colombia*, Boletín informativo No. 18, cit., p. 7.

⁵¹Entendiéndose por Estado el conjunto de población, territorio y soberanía, y las relaciones de poder que en él –y a propósito de él- se desarrollan. Ampliar en Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de la Cultura Económica, 2003, Cap. III Estado, poder y gobierno, específicamente numeral 5. Estado y Derecho, pp.127 y ss.

justificar que el sujeto pasivo sean las generaciones presentes y futuras⁵² puesto que siendo el Estado el garante de la idoneidad del medio ambiente⁵³, el titular de los recursos naturales no renovables⁵⁴ y finalmente el director de la economía⁵⁵, sobre él recae la titularidad del bien jurídico protegido.

Es este el punto débil de la transición del bien jurídico protegido del orden económico al medio ambiente, y particularmente, de una concepción de éste como necesidad humana o como un recurso potencializador del desarrollo. Si se entiende evidente, como en el presente análisis, que detrás del interés de tutelar el medio ambiente como una finalidad altruista de protección del Legislador, hay una particular visión económica de progreso donde los recursos naturales no renovables (y en este caso la minería de oro) hacen parte de las locomotoras que “jalonarán la creación masiva de empleo, y el tránsito de la mayoría de nuestros compatriotas hacia una sólida y promisoría clase media” (Palabras de Juan Manuel Santos Calderón cuando era candidato a la Presidencia)⁵⁶, no resultará escandaloso que la punición de la explotación minera ilegal resulte sólo a partir de decisiones políticas sobre “la permisón o prohibición de determinados riesgos que en realidad, no son más que la adopción de una regla de distribución en cuya virtud se asignan los costes de sus consecuencias a unos u otros grupos sociales”⁵⁷.

El *objeto material* del delito sobre el cual recae físicamente la acción depende en cada caso concreto de la modalidad de comisión del injusto, que como se verá a continuación tiene bastantes problemas para ser precisado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta dónde aparece afectado el medio ambiente, puesto que si con la explotación del yacimiento minero se compromete cierto ecosistema, se erosiona el suelo o se contamina las aguas de la región, cada uno de estos elementos será el objeto material. El problema entonces, es que al concretarse el daño o la lesión al bien jurídico podría darse un concurso ideal con los delitos de Daños en los recursos naturales (art. 331), Contaminación ambiental (art. 332), Contaminación por residuos

⁵²Tal y como lo afirma Erika Fernández Posada, “El tipo penal de minería ilegal en Colombia (Exploración, explotación, extracción ilegal de yacimientos mineros y otros materiales art. 338 del Código penal)”, cit., p. 1187.

⁵³Cfr. Art. 8 CN, donde se declara como obligación del Estado la protección de las riquezas naturales de la Nación.

⁵⁴Art. 332 CN.

⁵⁵Ver Art. 334 CN donde además se impone la obligación de intervención estatal (por mandato de la ley) en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes (...).

⁵⁶Juan Manuel Santos Calderón, “Buen gobierno para la prosperidad democrática. 110 iniciativas para lograrla”, publicado en <http://www.santospresidente.com/pdf/plan-de-gobierno-juan-manuel-santos.pdf>, consultado el 08- 10-2012.

⁵⁷Jesús María Silva Sánchez, “Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente”, cit., pp. 299 -300.

sólidos peligrosos (art. 332A) y Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo (art. 333).

Esa aparente doble desvaloración jurídica a la conducta debe resolverse a partir de unos criterios interpretativos específicos desde los cuales se respete la garantía de *non bis in ídem* contenida en el art. 29 inciso 4 de la Constitución y el art. 8 del Código penal, en virtud del cual se prohíbe expresamente la doble incriminación, señalándose que “A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado”.

De este modo, los principios de especialidad⁵⁸, consunción⁵⁹, subsidiariedad⁶⁰ y alternatividad⁶¹ brindarán las herramientas necesarias para dilucidar si en el caso concreto de la explotación ilícita de yacimiento minero ésta puede concursar con los delitos antes referidos o si por el contrario, se tiene la falsa impresión de que se está frente a un concurso ideal pero realmente no es así (es decir, se da un concurso aparente)⁶². Y si bien entrar a detallar los argumentos que llevan a tal decisión superaría los alcances de este texto, se quiere dejar constancia de que a partir de los principios mencionados es imposible un concurso del tipo penal analizado con los antes indicados, pues el art. 338 ya contiene los desvalores de los demás de una manera más específica, al menos frente a los casos de explotación minera de oro.

No podrá haber concurso con el delito de Daños en los recursos naturales, toda vez, que como se explicará más adelante, para que efectivamente se realice el art. 338 CP (explotación ilícita de yacimiento minero) no puede bastar el incumplimiento en la normatividad minera, es decir, la carencia de título para explotar, sino que se debe exigir una lesión al bien jurídico que en el caso concreto puede ser de daño al ambiente, quedando subsumida la conducta del art. 331 CP de quien “destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales”, que como se evidenció con la mega-minería, es una externalidad siempre presente. Es importante señalar que existen técnicas tradicionales de explotación aurífera amigables

⁵⁸En virtud de este principio se prioriza el supuesto de hecho que caracteriza de forma más precisa la conducta frente al que sólo lo describe de manera general “*lex specialis derogat legi generali*”.

⁵⁹El principio de consunción se aplica para escoger el supuesto de hecho que incluya la conducta más grave “*lex consumens derogat legi consumptae*”.

⁶⁰La subsidiariedad supone que se aplica de forma prevalente el tipo que cobije de forma principal la conducta “*lex primaria derogat legi subsidiariae*”.

⁶¹El principio de alternatividad se aplica cuando ambas disposiciones contienen elementos que se repelen entre sí y por tanto debe preferirse al que comprenda totalmente el hecho.

⁶²Ampliar en Fernando Velásquez, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tercera edición, Medellín, Comlibros, 2007, pp. 502 y ss.; José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3 edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. 957 y ss. y Ricardo Posada Maya, “El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano”, en Fernando Velásquez (Coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 460 y ss.

con el medio ambiente. El caso del “Oro verde”⁶³, en el Departamento del Chocó, es un perfecto ejemplo de técnicas amigables sostenibles que no usan químicos como el cianuro o el mercurio y que además resultan posibles gracias a la experiencia ancestral de comunidades dedicadas a la minería. En el caso de la minería de socavón, la extracción tradicional se realiza a partir del rompimiento de la roca hecho con el trabajo físico del minero, ayudado por un taladro manual y un martillo⁶⁴, caso en el que tampoco pareciera bastar la carencia de permiso para imputar el delito de explotación ilícita de yacimiento minero. Se hace necesario, entonces, encontrar y probar el *plus* diferenciador entre el incumplimiento administrativo y el ilícito penal, lo que se debe fundamentar a partir de la efectiva lesión al bien jurídico tutelado (medio ambiente).

Por las mismas razones anteriormente descritas, tampoco puede haber concurso con los tipos penales contenidos en los arts. 332, 332A y 333 CP, a pesar de que éste último (contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo) pareciera cobijar un supuesto de hecho más amplio que subsume los efectos por los cuales se criminaliza la explotación ilícita de yacimiento minero. De ser así, la aplicación preferente sería para el delito de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, aunque podría advertirse que se criticará que este específico delito cobija tanto a quienes cumplen con la normatividad existente como a quienes explotan sin título minero, a lo cual se debe responder que, como se verá con mayor amplitud en el acápite de “Administrativización del Derecho penal”, resulta ilegítimo el uso del *ius puniendi* sólo para garantizar la sanción ante el incumplimiento de disposiciones administrativas cuando éstas no comportan una lesión al bien jurídico que se busca proteger desde el ámbito penal.

Así pues, desde la misma lógica anterior, si el compromiso al medio ambiente en el caso concreto resulta ser la contaminación de “*los recursos de agua, suelo, subsuelo o atmósfera*” a través del ciclo minero (exploración, construcción y montaje, extracción o excavación, explotación, beneficio, transformación y transporte de la actividad minera) entonces habrá lugar a la intervención penal preferentemente desde el tipo de contaminación del art. 333CP, pues al aplicarse el principio de especialidad, éste contiene de forma más precisa el hecho que se prohíbe.

El cuarto elemento del tipo penal es la *conducta*, la cual a efectos de respetar el principio de legalidad debe estar claramente determinada y precisada con el fin de que sea previsible qué es lo desvalorado y prohibido por el Legislador. De este modo, el art. 338 CP consagra tres verbos rectores (explotar, explorar o extraer), que según el Glosario para el sector minero nacional, significan lo siguiente:

⁶³ Ampliar en http://www.greengold-oroverde.org/loved_gold/, consultado el 08-10-2012.

⁶⁴ Lyda del Carmen Díaz López, Fernando Urbina Rangel, *Marmato: un pueblo de oro anclado en la montaña*, Reseña histórica, publicada en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/antropologia/marmato/mar1.htm>, consultada el 08-10-2012.

Explotar⁶⁵: conjunto de actividades tendientes a la extracción o captación de los minerales yacientes en el suelo o subsuelo del área de concesión, su acopio, beneficio, transformación, comercialización, cierre y abandono de montajes e infraestructura.

Se entiende que es la “etapa de la fase de producción del ciclo minero”, puesto que es allí donde se recuperan las inversiones realizadas, se extraen y procesan los materiales de interés económico, se readecúan los terrenos intervenidos y se conduce la mina, lenta y progresivamente, apoyada por un riguroso plan de mitigación ambiental, hacia su fin⁶⁶.

Explorar⁶⁷: se entiende que es la fase inicial del ciclo minero donde se efectúan estudios de “reconocimiento y prospección geológica”, para identificar el potencial del yacimiento minero que se pretende explotar.

Se indica que “La Licencia de Exploración en ningún caso autoriza para extraer minerales y comercializarlos, y las cantidades de minerales que se extraigan deberán ser sólo las necesarias para efectuar los estudios de laboratorio. La Licencia de Exploración puede pedirse para explorar todos los minerales de la zona de la solicitud, que puedan ser dados luego en Contrato de Concesión o limitarse a uno o varios, específicamente determinados. No se podrá solicitar Licencia de Exploración para proyectos de pequeña minería en aluviones de los ríos, de sus márgenes, o de las islas ubicadas en su cauce”⁶⁸.

Extraer: la determinación de esta conducta depende del sector minero que se tenga en consideración, toda vez que su definición varía de acuerdo al tipo de extracción y las escalas de la misma.

Así, hay una definición particular para la extracción artesanal de piedra y arena de río, otra para la extracción de piedra y arena del río por dragado, otra si la extracción es ocasional de minerales no metálicos, y así sucesivamente. En un sentido natural y

⁶⁵ Apartes de la definición del “derecho a explotar” del Glosario de términos mineros (p. 47) que recoge las disposiciones del art. 95 del Código de Minas, Ministerio de Minas y Energía, *Glosario técnico minero*, cit., 2003.

⁶⁶ Definición 3 de “Explotación (industria minera)”, *Glosario técnico minero*, cit., 2003, p. 65. Fuentes: Empresa Nacional Minera Ltda.-Minercol Ltda. 2001. Estadísticas Mineras Concurso No. 0004 de 2000-Glosario; Congreso de Colombia. Ley 685 del 15 de Agosto de 2001. Código de Minas; Convenio Andrés Bello, Sistema de Información Corpus Legislativo y el Medio Ambiente (Biolegis)-Glosario.

⁶⁷ Apartes de la definición de “Gestación del proyecto minero”, Ministerio de Minas y Energía, *Glosario técnico minero*, cit., 2003, p. 77.

⁶⁸ “Licencia de explorar”, Ministerio de Minas y Energía, *Glosario técnico minero*, cit., 2003, p.91, Fuentes: Ministerio de Minas y Energía, Inducción al Código de Minas, Decreto 2655/88, Para Alcaldes. Primera Edición, Bogotá, 1990.

obvio, extraer significa sacar, “poner algo fuera de donde estaba”⁶⁹, que sin duda debe limitarse a efectos de concretar la conducta típica.

De nuevo, en el ámbito de la minería de oro debe distinguirse entre los actores que en ella participan para determinar los alcances de cada una de las conductas. Los pequeños mineros tradicionales que extraen en minas de socavón, realizan la exploración a partir de análisis empíricos que les permiten determinar la riqueza del material –“gramos de metal por carga”⁷⁰- , para proceder a la fase de explotación y extracción donde se abren túneles o socavones sostenidos por madera y se aprovecha el recurso a partir del trabajo manual de los mineros, toda vez que carecen de tecnificación o ésta es realmente escasa. Por su parte, cuando la minería es de aluvión, se realiza por métodos artesanales como los utilizados en el “Oro Verde” del Chocó, los cuales consisten en la extracción mediante técnicas ancestrales como el mazamorreo⁷¹, el zambullidero⁷² y el agua corrida⁷³, aunque no necesariamente siempre implican un plan de reforestación y recuperación ambiental completa.

La mediana minería realiza trabajos de extracción tecnificados a partir de la “incorporación de tecnología e infraestructura productiva”⁷⁴ que varía según el tipo de extracción: si es de aluvión se da a través de dragas, buldózers y retroexcavadoras, equipos considerados de mediana tecnología, que remueven extensas zonas de capa vegetal las cuales sin el correspondiente acompañamiento de la autoridad ambiental pueden ocasionar graves problemas a los ecosistemas⁷⁵. También se considera mediana minería las empresas extranjeras dedicadas a la exploración que posteriormente venden la información recogida a compañías más grandes⁷⁶.

⁶⁹Según el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, consultado el 26 de septiembre de 2012 en <http://lema.rae.es/drae/?val=extraer>.

⁷⁰Proceso descrito por la Unidad de planeación minero energética en UPME, *Producción más limpia en la minería de oro en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Minas y Energías, 2007, p. 9.

⁷¹“Técnica en la cual se obtiene gravilla de las terrazas y bancos de grava en el río durante la época de verano”. Tomado de *Oro verde, pionero de un sueño dorado*, publicado en http://www.greengold-oroverde.org/loved_gold/, consultado el 09-10-2012.

⁷²“Técnica utilizada en épocas de verano prolongado. La mina está ubicada en el fondo de los ríos. Con inmersiones sucesivas a los ríos y quebradas se extraen los materiales que contienen los minerales”. Tomado de *Oro verde, pionero de un sueño dorado*, publicado en http://www.greengold-oroverde.org/loved_gold/, consultado el 09-10-2012.

⁷³“Técnica practicada en épocas de lluvia, utiliza el agua como fuente de laboreo. El agua se hace circular a través de estrechos canales artificiales o canalones. Los materiales auroplatiníferos son desprendidos del barranco y lavados en el canalón”. Tomado de *Oro verde, pionero de un sueño dorado*, publicado en http://www.greengold-oroverde.org/loved_gold/, consultado el 09-10-2012.

⁷⁴Rosa Melina Lasso Lozano, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas*, cit., p.46.

⁷⁵Cfr. UPME, *Producción más limpia en la minería de oro en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Minas y Energías, 2007, p. 11.

⁷⁶Rosa Melina Lasso Lozano, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas*, cit., p.46.

La gran minería, por su parte, recupera las grandes inversiones económicas efectuadas en los procesos de exploración y extracción a partir de una “explotación intensiva de los recursos”⁷⁷ auríferos. Principalmente se realiza a partir de explotación de montaña a cielo abierto que consiste en remover “toda la capa vegetal, abriendo un cráter de kilómetros de diámetro y muchos metros de profundidad para llegar al subsuelo; [generando una gran cantidad de excedentes] porque puede explotarse simultáneamente todos los diferentes tipos de mineral que se encuentren en la zona”⁷⁸.

4.1 ALGUNOS PROBLEMAS RESPECTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si el mismo Glosario reconoce una multiplicidad de acepciones en el Derecho minero, con mayor razón debe tenerse mucha cautela al precisar el significado de las conductas prohibidas en el caso concreto (explorar, extraer y explotar), toda vez que no puede ignorarse que hay escalas pequeñas en el ejercicio de la actividad económica de la minería, las cuales generalmente se identifican con sectores tradicionalmente marginados o con poco capital político, quienes terminan siendo objeto de la selectividad del sistema penal, a pesar de que sus ganancias en la mina resultan siendo la única fuente de abastecimiento de sus familias⁷⁹.

Adicionalmente, se exige que la ocurrencia de estas conductas suceda sin el “*permiso de autoridad competente*” o bajo “*incumplimiento de la normatividad existente*”, con lo cual se hace depender el injusto de normas extrapenales, técnica bastante cuestionable desde una postura de respeto del principio de legalidad. Por ejemplo, los pequeños mineros por las mismas circunstancias sociales que los rodean, en su gran mayoría explotan sin el título minero (permiso de la autoridad competente)⁸⁰, situación diferente al caso de la gran minería, donde a pesar de cumplir con los requisitos exigidos por la autoridad minera (tienen título para explotar), incumplen la normatividad existente, toda vez que sistemáticamente ignoran la obligación contenida en el párrafo del art. 330 de la CN, en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de

⁷⁷Ibíd., p. 47.

⁷⁸Ibíd., p. 47, nota al pie 64.

⁷⁹Ver definición de Explotación Tradicional, Ministerio de Minas y Energía, *Glosario técnico minero*, cit., 2003, p.66.

⁸⁰“Grandes problemas se presentan en los territorios donde se explota el oro: De las 57 toneladas de metal que produce el país al año, sólo una cuarta parte la extraen las compañías que cumplen con las reglas de juego, ya sea de capital nacional o extranjero¹⁷; por otra parte, están los mineros artesanales, y otro grupo lo constituyen empresarios informales que llevan años dedicados al negocio sin contar con los títulos exigidos por la ley; en muchas regiones existe correlación con la violencia, extorsiones, asesinatos donde se han multiplicado las explotaciones que de manera creciente están controladas o pagan “peaje” a los grupos armados de todo tipo, desde las FARC y el ELN hasta las llamadas “bacrim” CINEP, Programa por la paz, *Minería, conflictos sociales y violación de derechos humanos en Colombia*, Informe Especial, Bogotá, Octubre de 2012, p. 15.

Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007, que consiste en la realización de la consulta previa, libre e informada a los grupos étnicos cuando se lleven a cabo “proyectos que afecten la utilización, administración, y conservación de los recursos existentes en sus tierras y territorios”⁸¹.

La anterior técnica legislativa se conoce en la doctrina como “Tipos penales en blanco”⁸² y consiste en la consagración de delitos que si bien contienen una sanción, su descripción típica está incompleta, haciéndose necesaria la remisión hacia normas de igual o menor jerarquía, reglamentos o decisiones de la Administración.

Los reparos sobre su conveniencia no sólo brotan desde las exigencias de estricta taxatividad penal, sino desde el peligro que significa la imprecisión o a veces inexistencia de la norma de destino, los difusos límites respecto de la separación de poderes y finalmente, el desvío instrumental del mecanismo punitivo.

La utilización del Derecho penal a pesar de que su ineficacia para el cumplimiento de los fines declarados se muestra evidente, resulta ilegítima desde una perspectiva externa e inidónea desde una mirada interna, entendiendo la “eficacia como éxito” de la mano de Gloria Patricia Lopera Mesa⁸³, quien propone que una norma de sanción es eficaz sólo si sirve a la finalidad perseguida por el legislador (proteger bienes jurídicos).

Así, la criminalización de la minería tradicional desde una lectura literal del art. 338 CP no puede asegurarse como un mecanismo de protección al bien jurídico declarado, pues la conducta que se tipifica no exige un real compromiso de lesión o peligro al medio ambiente, mostrándose entonces que lo que se busca es la disuasión del ejercicio de la minería sin título y específicamente la minería de subsistencia que no se compagina con el modelo de explotación de recursos contenido en el Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014⁸⁴, y puntualmente con la agenda industrial y gubernamental del momento que le apunta a la exportación acelerada de la materia prima como pilar actual de la economía⁸⁵. Estas funciones latentes se valen del discurso del Derecho

⁸¹César Rodríguez Garavito, Meghan Morris (Dir.), *Justicia global 2 La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, p.60.

⁸²Cfr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Juan Oberto Sotomayor Acosta (coord.), Bogotá, Temis, 2006, p.120, nota 52; Miguel Abel Souto, “Las leyes penales en blanco”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 68, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 14- 15 y Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 83 y ss.

⁸³Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006, pp. 410 - 412.

⁸⁴Expedido por la Ley 1450 de 2011, en donde se considera como uno de los ejes de crecimiento económico el “Desarrollo minero y la expansión energética”, art. 98 y ss.

⁸⁵“Para el año 2011, la industria minero- energética pesaba el 13,5 por ciento del Producto Interno Bruto colombiano, solamente superado por el comercio y los servicios, y fue receptora de 8.155 millones de

penal para llevar a cabo efectos simbólicos⁸⁶ que, en el caso concreto, son útiles para mantener el crecimiento acelerado del sector minero “legal”, a gran escala, a costa del aumento de las brechas de desigualdad social y pobreza extrema, cuya disminución es un claro objetivo fomentado por la CN (art. 13, segundo inciso)⁸⁷.

Desde la flexibilización de la garantía de taxatividad, autores como Caldas Vera sostienen que puede admitirse bajo una óptica de eficacia, siempre y cuando se obligue “a la existencia de normas administrativas claras y adecuadas que garanticen el principio de legalidad y la protección que penalmente se persigue”⁸⁸. Lastimosamente, y aun aceptando bajo gracia de discusión la anterior afirmación, la realidad de la normatividad administrativa en materia de Derecho minero dista muchísimo de la claridad, sistematicidad y coherencia que podría suponer una aplicación garantista del tipo, toda vez que la normatividad colombiana (no sólo minera⁸⁹) adolece de calidad

dólares de Inversión Extranjera Directa, es decir, cerca del 61 por ciento del total de lo recibido para todos los sectores de la economía. (...)

También fue el sector líder en la compra de bienes y servicios de otras industrias, y, como si fuera poco, realizó unas muy cuantiosas inversiones sociales en cada una de las regiones donde operan por varios millones de dólares. Bajo este panorama, no es extraño que al sector mineroenergético se le haya catalogado como una de las locomotoras del desarrollo.

Pero todo esto no fue una casualidad ni un esfuerzo aislado. Por eso, debemos reconocer a las empresas y sus equipos de trabajo que han estado detrás de esta apuesta, una apuesta por Colombia, escogida como su sede para desarrollar esta importante actividad, que es, a pesar de lo que se diga por ciertas personas, todo, menos fácil.” Santiago Ángel Urdinola (Vicepresidente de Minería, Hidrocarburos y Energía de la Andi), “Minería: ¿prosperidad colectiva?”, en *Portafolio.co*, septiembre 27 de 2012, publicado en <http://www.portafolio.co/opinion/mineria-prosperidad-colectiva>, consultado el 30 de septiembre de 2012 (subrayas propias).

⁸⁶Cfr. Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en Revista *Nuevo Foro Penal*, No. 51, 1999, pp. 17 a 30; Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993; Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pp. 412 y ss.

⁸⁷“La extracción de recursos naturales (RN) en Colombia durante las últimas dos décadas tendió a empobrecer al ciudadano promedio, en lugar de enriquecerlo. Este resultado se debió a que las rentas derivadas de la explotación de los RN no fueron invertidas en la proporción debida en la acumulación de capital físico y humano, para reemplazar la riqueza natural perdida” Miguel Medellín, Felipe Ordóñez, “¿El nuevo régimen de regalías puede contribuir a enriquecernos?”, en *Semana Económica*, Edición 868, Asobancaria, 10 de septiembre de 2012, publicado en <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/RegaliasImpuestos/ASOBANCARIA%20%20REGALI AS.pdf>, consultado el 30 de septiembre de 2012.

⁸⁸Jorge Caldas Vera, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, cit., p. 69.

⁸⁹A propósito, se ilustra como ejemplo el artículo 333 del Código penal que consagra el delito de Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, el cual está totalmente mal redactado, puesto que si se lee atentamente, carece de verbo rector, al no precisar qué es lo que debe provocar o realizar el actor, o de qué forma debe contaminar al medio ambiente: “El que provoque, contamine o realice directa o indirectamente en los recursos de agua, suelo, subsuelo o atmósfera, con ocasión a la extracción o excavación, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte de la actividad minera o de hidrocarburos, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de treinta mil (30.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

lingüística hasta el punto de agravar manifiestamente la comprensión del texto y de que pareciera una intención clara de redacción confusa:

“Una lectura no muy detenida de los textos del gobierno deja ver, a todas luces, lo vergonzosamente mal redactados que están. Los errores se cuentan por docenas: faltas de puntuación, mala construcción de frases, redundancias innecesarias, ambigüedades y oraciones interminables llenas de frases subordinadas que dan lugar a toda clase de confusiones. (...) ¿Cuán alto es el costo que debemos pagar todos por estos errores de forma que se convierten en errores de fondo? ¿Cuánto daño le hacen estos errores a la democracia? (...)

Quizás, en el fondo, la claridad en la comunicación esa 'voluntad de hacer sentido', no le sirva a quien quiera sacar provecho de la ley”⁹⁰.

Adicionalmente, la estricta legalidad constituye uno de los límites a la libre configuración del legislador, toda vez que la Corte Constitucional ha subrayado como éste se encuentra obligado a “no sólo fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca”⁹¹ (Subrayas propias).

4.2 CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DE EXTRACCIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO

Desde la estructura formal del tipo penal, el delito de Extracción ilícita de yacimiento minero es un tipo básico, pues se aplica sin sujeción a ninguna otra norma penal, aunque como se explicará a continuación, sí depende de requisitos extralegales para completar el injusto.

La forma de realización del aspecto objetivo es de acción, toda vez que no puede cometerse a través de la omisión, puesto que se exige que la exteriorización de las conductas descritas (explorar, explotar o extraer) tengan como resultado una transformación en el medio ambiente. Adicionalmente, según el párrafo del art. 25

⁹⁰Rodrigo Restrepo, “Emergencia lingüística”, en *Revista Arcadia No. 53*, Bogotá, 22 de febrero – 22 de marzo de 2010, pp. 16 y 17.

⁹¹Cfr. Sentencia C-969 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett, donde la Corte Constitucional hace una revisión de acuerdo con el artículo 214, numeral 6 de la Constitución Política, sobre el Decreto Legislativo 1900 de 2002 “por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones” relacionadas con el hurto, contrabando y depósito de combustibles. La Corte decide declararlo INEXEQUIBLE por considerar extralimitado el poder conferido en virtud de una declaratoria de excepción y las disposiciones vulneratorias de los principios limitadores del *ius puniendi*.

del CP, los delitos contra el medio ambiente no están incluidos en el listado taxativo de conductas que pueden realizarse en comisión por omisión (u omisión impropia)⁹², siendo esta una barrera infranqueable de legalidad que no admite argumentación en contrario por parte de los operadores jurídicos.

Por su parte, desde una mirada al aspecto subjetivo la conducta debe ser dolosa, dado que el legislador no previó la modalidad imprudente de la conducta y en nuestro sistema penal la responsabilidad por culpa debe ser expresamente señalada por el legislador (art 21 del Código penal).

Es un delito de conducta instantánea pues la realización típica se agota en un solo momento, pero según el número de acciones de consumación es un delito compuesto en tanto contiene una pluralidad de acciones alternativas (extraer y contaminar; explorar y dañar el medio ambiente, etc.) lo cual es una característica de un tipo penal complejo. Según los medios de realización no se exige una especificidad determinada para su consumación, pero sí requiere una idoneidad de los medios (que como se vio son diferentes en la pequeña, mediana y gran minería) en cuanto a su capacidad lesiva concreta, y según la interpretación propuesta una concreción de dicho riesgo en la puesta en peligro concreta al bien jurídico. Recordemos que el art. 338 CP expresa literalmente que se debe tratar de “medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente”.

Finalmente, según el grado de afectación al bien jurídico es un delito de peligro, puesto que para su consumación basta la probabilidad de lesión al medio ambiente y como se expondrá a continuación a partir de la redacción inicial del tipo basta que se realice la acción desvalorada por el legislador (explorar, explotar o extraer sin título minero) para que, desde una perspectiva *ex ante*, se pueda entender, según los medios a través de los que se dé una o varias de esas conductas, amenazado el bien jurídico.

4.2.1 BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE EXTRACCIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

El principio de lesividad, en virtud del cual sólo se legitima la punición de conductas socialmente dañosas⁹³ es, en palabras de Ferrajoli, “*una afilada navaja de Occam*”⁹⁴,

⁹²Art. 25 Acción y omisión. – PAR Los numerales 1º, 2º, 3º, y 4º sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

⁹³Cfr. Susana Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p.61.

puesto que brinda las herramientas para excluir por injustificados muchos de los tipos penales “modernos” o para restringir la interpretación mediante baremos profundos que resultan en garantías para el imputado.

De esta forma, la estructura de los tipos penales puede ser de lesión si exigen daño o menoscabo del bien jurídico tutelado (el ejemplo clásico es el delito de homicidio donde hay una total eliminación de la vida, art. 103 CP) o de peligro si basta la probabilidad de lesión al bien jurídico tutelado⁹⁵, frente a lo cual caben dos posibilidades: la exigencia de peligro concreto, requiriéndose la acreditación *ex post* del riesgo en un estadio inmediato o próximo a la lesión del bien jurídico, como es el caso del delito de incendio –art. 350 del CP- donde se incluye como elemento del tipo el peligro común derivado de prender fuego a un mueble o inmueble⁹⁶; o una anticipación excesiva a las barreras de punición, lo cual ha llevado a la tipificación de delitos de peligro abstracto que suponen que al ya existir una desvaloración de la peligrosidad genérica de la conducta por parte del Legislador, no se requiere la acreditación del peligro concreto una vez consumado el hecho, puesto que se realiza el tipo penal con la sola desobediencia normativa.

El ejemplo clásico de esta última clase de delitos es el porte ilegal de armas (art. 365 del CP), cuyo injusto se agota en traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar, portar o tener en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones sin permiso de autoridad competente, con todas las discusiones que un tipo así puede generar.

Ahora bien, a partir de una aplicación respetuosa del principio de lesividad, se hace necesaria una interpretación restrictiva de los tipos penales de peligro que se encuentran en la parte especial, exigiendo para su consumación una idoneidad en el caso concreto, donde se presente prueba suficiente de las condiciones de peligro efectivo para el bien jurídico tutelado.

⁹⁴Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Décima edición, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p.477.

⁹⁵Ibid., p. 479 y nota al pie 61; Jaime M. Peris Riera, “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, 2006, pp.687 – 709; Cfr. Para un análisis de otras propuestas dogmáticas Bernardo Feijoo Sánchez, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, cit., pp.321 y ss.; cfr. Una perspectiva a favor José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho penal*, 2001-2, Buenos Aires, pp.719 – 746; Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pp. 396 y ss.

⁹⁶Incluso agravado si la conducta se comete “en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público o destinado a este uso, o en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transporte, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica”.

En materia de protección penal del medio ambiente, donde se inscribe el delito de Explotación ilícita de yacimiento minero, hay quienes justifican la protección de bienes jurídicos colectivos a través de la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto por considerar que no hay una disminución de las garantías penales⁹⁷.

Se advierte que es sumamente problemático aceptar que con el mero incumplimiento de la normatividad administrativa y una supuesta idoneidad en los medios que se utilizan para extraer, explorar o explotar (la norma dice “*medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente*”), ya se configure el ilícito penal. Y es que no puede olvidarse que toda extracción de yacimiento minero comporta la utilización de medios capaces de causar daños (aunque no siempre graves como exige el tipo) al medio ambiente, que inclusive la minería es una actividad sumamente riesgosa⁹⁸ y que no obstante lo anterior, es una decisión política nacional impulsar este sector de la economía de forma tal que dicho riesgo no sólo es jurídicamente permitido sino también alentado cuando responde al modelo extractivo a gran escala que se desea. No obstante, insistir en la clasificación de los actores que intervienen en la minería de oro a partir de los medios utilizados para la extracción, evidencia una verdad que pareciera de Perogrullo pero que es fundamental a efectos de la sanción penal: la pequeña, mediana y gran minería individualmente consideradas no tienen igual capacidad de lesión al ambiente y comparadas entre sí, la persecución de la afectación al bien jurídico protegido por parte de la minería tradicional sin título resulta criminalizando conductas no sólo de bagatela, sino que están realmente fuera del alcance del tipo penal del art. 338 CP.

*“Esa protección desigual del bien jurídico obliga, por lo menos, a dejar constancia de las dudas que suscita la legitimidad de una persecución penal limitada a quienes por carecer de un poder que les permita ponerse en un plano de “igualdad” frente al del Estado, son objeto por ello de seguimiento y condena penales, a pesar de que en la generalidad de los casos, sus actos adolecen de la lesividad que si tiene los actos de quienes gozan de una inmunidad penal de **facto**”⁹⁹.*

⁹⁷Cfr. Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, *La responsabilidad penal por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p.117.

⁹⁸“La Minería, como una actividad humana, como se dijo, presenta muchos y grandes “peligros” donde la única forma de no correr “Riesgos” sería no hacer Minería.” Exequiel Yanes Garín (Ex subdirector nacional del Servicio de Geología y Minería en Chile), “Peligros y riesgos en Minería”, *Revista técnicos mineros*, Santiago de Chile, consultado en http://www.revistatecnicosmineros.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4077:peligros-y-riesgos-en-mineria-&catid=12:opinion&Itemid=18, el 05 de septiembre de 2012.

⁹⁹Alfonso Cadavid Quintero, “La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano”, cit., p. 261.

Adicionalmente, la obtención del título minero no asegura una protección al medio ambiente. Es más, dado que la licencia ambiental y el título minero son otorgados por autoridades administrativas distintas, en la actualidad sólo se han concedido 44 licencias ambientales en minería entre 1994 y 2012¹⁰⁰, a pesar de que según cifras de la Contraloría, a 2010 había un total de 9.230 títulos mineros vigentes¹⁰¹.

Por último, como en virtud del principio de lesividad resulta ilegítimo castigar la mera desobediencia legal, es menester reestructurar o al menos reinterpretar el artículo 338 del CP, exigiendo una lesión o peligro efectivo y real para el bien jurídico tutelado (medio ambiente), teniendo suma cautela de no caer en esquemas normativos de tipos penales de autor¹⁰², siendo conscientes del riesgo que supone la utilización de un mecanismo selectivo y estabilizador del *statu quo* como es el Derecho penal¹⁰³, en contextos como el nuestro donde la reducción de la justicia social a términos penales ha hecho que se amplíe la franja de “enemigos” más allá de los tradicionales “combatientes, rebeldes y terroristas”¹⁰⁴, hacia espectros limítrofes de esa brecha de desigualdad antes mencionada: la peligrosidad tenderá a emanar ahora de los mineros tradicionales, los estudiantes universitarios, los pensadores de izquierda, los defensores de derechos humanos, los líderes comunitarios, los líderes indígenas (...), entre otros.

4.2.2 BREVES CUESTIONES SOBRE LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

¹⁰⁰Según datos proporcionados por Gloria Amparo Rodríguez (profesora de la Universidad del Rosario experta en temas ambientales) durante su ponencia “Consulta previa y mecanismos de participación ciudadana en contextos de conflictos socio-ambientales” en el II Coloquio de Derecho y Ciencias sociales: La paradoja del desarrollo, Medellín, Universidad EAFIT, 29 de septiembre de 2012.

¹⁰¹“Títulos mineros aumentaron 1.089%”, en Periódico *El Espectador.com*, 1 de diciembre de 2011, publicado en <http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo-314536-titulos-mineros-aumentaron-1089>, consultado el 30 de septiembre de 2012.

¹⁰²Se entiende por Derecho penal de autor aquellas valoraciones arbitrarias que se basan exclusivamente en la personalidad del imputado: “Este nuevo derecho de la peligrosidad presenta unos perfiles que le diferencian en aspectos importantes del que había quedado arrinconado no hace mucho. Ante todo, la característica relevante de los individuos objeto de su atención no es la presencia en ellos de ciertas carencia personales o sociales, sino simplemente su cualidad de generadores de inseguridad ciudadana” José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No.69, Universidad EAFIT, Enero- junio 2006, p.233.

¹⁰³“Los procesos de la criminalización secundaria acentúan el carácter selectivo del sistema penal abstracto. Han sido estudiados los prejuicios y los estereotipos, que guían la acción tanto de las instancias de averiguación como de los juzgadores, y se ha demostrado que llevan, así como acontece en el caso del maestro y de los errores en las tareas escolares, a buscar la verdadera criminalidad sobre todo en aquellos estratos sociales de los cuales es *normal* esperarla” Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 2009, p.185.

¹⁰⁴A propósito del libro del profesor Iván Orozco Abad sobre la Guerra y Derecho en Colombia. Cfr. Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, Bogotá, Editorial Temis, 2006.

La determinación del límite entre la sanción administrativa y la penal depende del *plus* de lesividad que se requiere para la activación del mecanismo de control más fuerte con el que cuenta el Estado a efectos de poder afirmar con un buen grado de certeza que el recurso de *ultima ratio* se usó cuando no fue posible proteger por vías menos lesivas al bien jurídico, ni tampoco pudo imponerse sanciones menos graves para alcanzar el mismo efecto¹⁰⁵.

Así, el fenómeno de la Administrativización del Derecho penal surge como un reto a esa selección de “lo penalmente relevante”, toda vez que la nueva concepción de la sociedad del riesgo¹⁰⁶ exige una progresiva anticipación de las barreras de punibilidad que implica una preferencia por el castigo penal en vez del tradicional Derecho administrativo sancionador o el viejo Derecho de policía cuando se está en presencia de un incumplimiento de la regulación administrativa.

Dentro de los nuevos riesgos que se plantea la “reestructuración de la ciudad”¹⁰⁷ moderna, aparecen los desarrollos de las actividades extractivas que comprometen los recursos naturales y el medio ambiente. De este modo, hay una transmutación entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales que llevan a plantearse su diferencia meramente en grados de injusto¹⁰⁸, tal y como se mostró en el acápite de dedicado a las reflexiones sobre los delitos acumulativos¹⁰⁹.

“El cambio de paradigma es evidente: el Derecho penal clásico reaccionaba, a posteriori, contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo); el nuevo Derecho penal de la sociedad posindustrial tiende a convertirse en un Derecho de gestión punitiva de riesgos, en buena medida porque orientado a la tutela de contextos cada vez más genéricos –en el tiempo y

¹⁰⁵ Ampliar en Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., p.459.

¹⁰⁶ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp.13 y 14: “En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en el incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. Entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*”.

¹⁰⁷ Alessandro De Giorgi, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, 2006, p. 138: “La reestructuración de la ciudad en términos de fortificación y perímetros de seguridad da consistencia plástica a la separación entre clases peligrosas y clases laboriosas, que constituye el único terreno que continúa a disposición de los dispositivos de control para contener la excedencia de la multitud. La segregación de los inmigrantes en las ciudades europeas, la reclusión de la fuerza de trabajo afroamericana, hispanoamericana y oriental en las metrópolis norteamericanas y, en general, la implantación de zonas urbanas de accesibilidad diferenciada, alimentan un régimen de la ajenidad que tiene como objetivo la desestructuración de la multitud, la ruptura de los vínculos de empatía y cooperación que desde el punto de vista del dominio representan un peligro extremo”.

¹⁰⁸ Cfr. Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit., p.135 y ss.

¹⁰⁹ Ver supra p.12, acápite 3.2.1.

*en el espacio- entra en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, sistémicos*¹¹⁰.

Adicionalmente, la redacción de este tipo de disposiciones se ve necesariamente avocada a utilizar la técnica del problema mencionado en el numeral anterior (delitos de peligro abstracto). La justificación para ello, pareciera venir dada desde las mismas dinámicas sociales cambiantes y en continuo movimiento, pues, siempre que se trate de un “delito dinámico”¹¹¹ es legítima la remisión a otra área del ordenamiento jurídico y la fusión con el Derecho administrativo sancionador.

En el caso concreto de la extracción ilícita de yacimiento minero, el injusto debe completarse con la verificación o no de la decisión de la autoridad minera (efectiva posesión del título minero), a pesar de que como se evidenció anteriormente, las lógicas de la licencia ambiental parecieran trasegar caminos disímiles, toda vez que su expedición obedece a autoridades distintas¹¹² y no necesariamente en tiempos

¹¹⁰Antonio García- Pablos de Molina, *Introducción al Derecho penal*, cit., p.552.

¹¹¹Ver Sentencia C- 127 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte hace un análisis del Decreto 2266 de 1991, por medio del cual se convirtieron en normas permanentes algunas disposiciones contenidas en varios decretos de estado de sitio que se referían a disposiciones penales sobre terrorismo y que según el demandante eran contrarias al principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*). La Corte no sólo declara EXEQUIBLE tal Decreto, sino que además da argumentos justificantes para flexibilizar una de las garantías básicas del Estado Social de Derecho como es la legalidad material: “El siglo XX está dominado por la **dinámica**. Fue Einstein el que en el discurso de la física introdujo la dinámica que reemplazó a la física estática de Newton. Ello fue un cambio histórico de repercusiones en todos los dominios. El derecho no es la excepción. Es así como el derecho penal de hoy debe responder a maquinarias delictivas "en movimiento", que trascienden los viejos esquemas de los tipos cerrados. De allí que esta Corporación encuentra que a la luz de la Constitución Política, expedida en las postrimerías del siglo XX, los tipos penales abiertos no son inconstitucionales per se” (subrayas propias).

Debe advertirse que el magistrado Carlos Gaviria Díaz salvó su voto específicamente manifestando que disiente de la decisión adoptada al resaltar que “*Es casi un tic mental de nuestros legisladores emergentes y en ocasiones también de los ordinarios, que por desventura ha permeado y contagiado a una buena parte de la opinión nacional, el esgrimir como única respuesta a la proliferación del delito un régimen penal drástico, irrespetuoso a menudo de los principios y garantías de inspiración humanística que la Constitución consagra.(...) Es que cuando la atención se centra apenas en la defensa presunta de la sociedad, con olvido casi absoluto del posible sujeto de la pena, en nada difiere (por ese aspecto), un sistema de instituciones liberales y democráticas de uno declaradamente totalitario. (...) No es la emoción desbordada y morbosa, efecto ordinario de los hechos deplorables que padecemos, la que ha de presidir la tarea legislativa, sino la razón ("que es patrón y medida" conforme al apotegma tomista) la que ha de conducir esa empresa. Y es responsabilidad de quien legisla no sacrificar la justeza y eficacia de las decisiones a los halagos de un aplauso estéril o a los espejismos de una drasticidad inane y altamente riesgosa a la vez*”.

¹¹² Y que, dadas las condiciones actuales, no representa un verdadero límite al “todo vale de la locomotora minera”. Ampliar en Socorro Ramírez, “Locomotora o motor enloquecido”, en Periódico el Tiempo, 31 de agosto de 2012, publicado en http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/socorroramirez/locomotora-o-motor-enloquecido-socorro-ramirez-columnista-el-tiempo_12184282-4, consultado el 05 de septiembre de 2012.

concomitantes al título minero¹¹³, situación bastante peculiar si se enfatiza que lo que legitima la intervención penal en este tipo de delitos es la protección al medio ambiente como bien jurídico tutelado.

Tal y como están las cosas hoy, la desinstitucionalidad estatal hace muy difícil la determinación de lo que se requiere para la efectiva configuración del tipo penal. “Los indicadores de gestión técnica minera, ambiental o social no han sido construidos por la institucionalidad; la gobernanza y la capacidad fiscalizadora son muy bajas, lo cual lleva a la vieja paradoja colombiana de tener normas pero no la capacidad institucional para hacerlas cumplir”¹¹⁴.

La autoridad minera recae hoy sobre el Ministerio de Minas y Energía, pero las funciones de control, fiscalización y otorgamiento de títulos mineros fue delegado a Ingeominas (hoy Agencia para la investigación geológica) y a seis gobernaciones: Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander. Por su parte, la Institucionalidad Ambiental recae en el Ministerio de Ambiente y en las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes ejercen la autoridad.

“[U]na falta de claridad en cuanto a la articulación minero- ambiental, la ausencia de una mirada conjunta que evite los conflictos y la poca suficiencia técnica de buena parte de los profesionales de control y seguimiento”¹¹⁵ hace que en la actualidad no haya ningún tipo de fiscalización a quienes ejercen la minería con título (es decir, un seguimiento a los compromisos adquiridos en el Programa de Trabajos y Obras¹¹⁶) y, respecto de quienes la ejercen sin él, la respuesta institucional se dé desde el Derecho penal.

Desde esta perspectiva, no constituye un dato a priori, incontrovertible, presuntamente probado y además constitutivo de flagrancia del delito de explotación ilícita de yacimiento minero, la ausencia de permiso de la autoridad competente. La anterior

¹¹³ Ver Ley 99 de 1993, arts. 49 a 62, el Decreto 1728 de 2008 que eliminó en el caso específico de la minería la exigencia de licencia ambiental para la exploración y el Decreto 2820 de 2010.

¹¹⁴ Julio Fierro Morales, *Políticas mineras en Colombia*, cit., p. 38.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 41.

¹¹⁶ De acuerdo con el art. 84 de la Ley 685 de 2001 (Actual Código de Minas), el Programa de trabajos y obras debe anexarse al contrato de concesión como parte de las obligaciones del mismo una vez finalizados los estudios y trabajos de exploración. Mínimamente debe contener: la delimitación definitiva del área de explotación; el mapa topográfico de dicha área; la información cartográfica detallada del área; la ubicación, cálculo y características de las reservas que habrán de ser explotadas en desarrollo del proyecto; la descripción y localización de las instalaciones y obras de minería, depósito de minerales, beneficio y transporte y, si es del caso, de transformación; el Plan Minero de Explotación, que incluirá la indicación de las guías técnicas que serán utilizadas; el Plan de Obras de Recuperación geomorfológica paisajística y forestal del sistema alterado; la escala y duración de la producción esperada; las características físicas y químicas de los minerales por explotarse; la descripción y localización de las obras e instalaciones necesarias para el ejercicio de las servidumbres inherentes a las operaciones mineras; y el Plan de cierre de la explotación y abandono de los montajes y de la infraestructura.

situación podrá generar sanciones administrativas y una real preocupación política desde donde se impulsen procesos de formalización, profesionalización y observancia de la ley por parte de cada uno de los actores que intervienen en el ejercicio de la minería, pero bajo ninguna circunstancia puede fundamentar la intervención penal frente a un ciudadano concreto, quien puede adicionalmente estar con su experticia, trayectoria y experiencia observando la *lex artis* propia de su oficio y por tanto no representar peligro alguno para el medio ambiente.

5. ANÁLISIS DE *LEGE FERENDA* AL DELITO DE EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO (ART. 338 DEL CP)

A modo de propuesta personal, he llegado a la conclusión de que la intervención penal en los casos de minería de oro sin título resulta inidónea para la protección del bien jurídico declarado (Medio ambiente), toda vez que responde a técnicas de tipificación que adolecen del rigor garantista del Derecho penal liberal (tipos en blanco, delitos de peligro abstracto, Administrativización del Derecho penal, consideraciones acumulativas irrespetuosas del principio de culpabilidad, entre otras) y que adicionalmente existen en la legislación medidas extra penales menos lesivas con las cuales se cumple el mandato constitucional de protección al ambiente.

Por tanto se hace necesario un proyecto descriminalizador que ponga en marcha, a su vez, un fortalecimiento de la institucionalidad ambiental a efectos de que pueda cumplir cabalmente con sus funciones de conservación y protección no sólo de los frágiles ecosistemas sino también de todos los componentes del derecho fundamental a un ambiente sano.

Por su parte, la autoridad minera deberá aunar esfuerzos para cumplir con sus obligaciones constitucionales como planificador de la destinación que se dará a los recursos naturales, en concordancia con el desarrollo sostenible y la protección ambiental (art. 80 CN), pero también de acuerdo al mandato constitucional de fomentar la disminución de las desigualdades –también económicas- entre los ciudadanos (art. 13 CN).

De no ser estos los nuevos objetivos políticos a implementar, sino una insistencia por solucionar los problemas sociales con cárcel, no queda otro camino que evidenciar a viva voz las verdaderas funciones latentes del ejercicio del poder punitivo en este caso concreto, que no son otras que el mantenimiento de un modelo de explotación que excluye a los pequeños mineros del campo económico y que aumenta las brechas de desigualdad y pobreza extrema, bajo la aparente tutela del bien jurídico medio ambiente.

“Y es precisamente en esta divergencia entre considerar o no que estos métodos de tutela impliquen la protección en todo caso de bienes jurídicos, o en cambio representen la protección de funciones que no serían bienes jurídicos, donde se manifiesta dramáticamente en la actualidad la constante dificultad de la determinación de los bienes, y los espacios sin resolver en el debate en torno al condicionamiento que ejerce el bien jurídico frente al legislador y en cuanto a su alcance en la interpretación y aplicación de la ley. Cuestiones que se encuentran marcadas por un igualmente constante temor a los vacíos de criminalización que en cambio –en mi opinión–, muchas veces deberían entenderse como signos de la buena salud de las limitaciones al poder punitivo en garantía de las personas”¹¹⁷.

Este tipo de intervención punitiva donde no se protegen bienes jurídicos y además sólo se busca el logro del efecto simbólico intimidatorio frente a una población tradicionalmente marginada, resulta a mi juicio ilegítima e inconstitucional. Así, a través de casos concretos de criminalización, se perpetúan estigmas clasistas con los mineros tradicionales¹¹⁸, lo cual imposibilita una real integración social y un desarrollo en clave de garantía de derechos, de los mineros y del resto de la colectividad.

Adicionalmente, tal y como lo sostiene Jens Christian Müller- Tuckfeld, el Derecho penal del ambiente además de ser ineficaz para impedir la contaminación ambiental, envía un mensaje equivocado de tranquilidad a la sociedad, lo que redundaría en una imposibilidad de pensar una política ambiental racional y totalmente efectiva¹¹⁹, toda vez que vincula los problemas de daño, lesión y peligro al ambiente sólo desde la conducta individual de los infractores-delincuentes (como debe ser desde una mirada jurídico penal a cualquier conducta que se pretenda criminalizar) y no de la verdadera corresponsabilidad de todas las personas en la “catástrofe global” más allá de la sanción punitiva.

Finalmente, no se puede ser ingenuos respecto de los efectos que tiene a toda escala del sistema penal, particularmente en el caso de la Explotación ilícita de yacimiento minero, cuya sanción responde *“a la exigencia de reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes, esto es, de conservar la realidad social. Esta realidad se manifiesta con una distribución desigual de los recursos y de los beneficios, en correspondencia*

¹¹⁷Diana Restrepo Rodríguez, “Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano”, cit., p. 186.

¹¹⁸Cfr. Emiro Sandoval Huertas, *Penología*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 433.

¹¹⁹Jens Christian Müller- Tuckfeld, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 1999, pp.507 a 530.

con una estratificación en cuyo fondo la sociedad capitalista desarrolla zonas consistentes de subdesarrollo y de marginación”¹²⁰.

6. BIBLIOGRAFÍA

Abel Souto, Miguel, “Las leyes penales en blanco”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 68, Universidad EAFIT, Medellín, 2005.

Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Madrid, Iustel, 2011.

Banco Mundial, Indicadores de desigualdad, 2012, publicado en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>, consultado el 07-10-2012.

Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 2009.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de la Cultura Económica, 2003.

Caldas Vera, Jorge, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2002.

Cante Puentes, Carlos Andrés, *Formalización para el desarrollo social en la minería*, Dirección de la formalización minera, Ministerio de Minas y Energía, Bogotá, mayo de 2012, publicado en <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Mineria/Presentaci%C3%B3n%20MME%20-%20Carlos%20Cant%C3%A9.pdf>, consultado el 4 -09- 2012.

Cañón de la Rosa, Juliana María; Erasso Camacho, Germán, *El papel del Derecho penal en la tutela del ambiente*, Trabajo de grado para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004.

Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho penal*, 2001-2, Buenos Aires.

¹²⁰ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, cit., p.179.

CINEP, Programa por la paz, *Minería, conflictos sociales y violación de derechos humanos en Colombia*, Informe Especial, Bogotá, Octubre de 2012.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

De Giorgi, Alessandro, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, 2006.

Defensoría del Pueblo, *La minería de hecho en Colombia*, Informe Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente, Bogotá, Imprenta Nacional, 2010.

Departamento Nacional de Planeación, Cartilla *Las Regalías en Colombia*, Bogotá, 2007, publicada en: http://www.simco.gov.co/simco/documentos/Regalias/ACT_cartilla_regalias.pdf, consultado el 4 -09- 2012.

Departamento Nacional de Planeación, “Resumen ejecutivo de la política de promoción y divulgación del país minero”, Bogotá, 2010, publicado en https://spi.dnp.gov.co/App_Themes/SeguimientoProyectos/ResumenEjecutivo/RESUMEN%20EJECUTIVO%20DE%20LA%20POLITICA%20DE%20PROMOCION%20Y%20DIVULGACION.pdf, consultado el 4 -09- 2012.

Díaz López, Lyda del Carmen; Urbina Rangel, Fernando, *Marmato: un pueblo de oro anclado en la montaña*, Reseña histórica, publicada en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/antropologia/marmato/mar1.htm>, consultada el 08- 10-2012.

Díez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No.69, Medellín, Universidad EAFIT, Enero- junio 2006.

Feijoo Sánchez, Bernardo, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, Civitas, 2005.

Fernández Posada, Erika, “El tipo penal de minería ilegal en Colombia (Exploración, explotación, extracción ilegal de yacimientos mineros y otros materiales art. 338 del Código penal)”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Penal, libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Décima edición, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

Fierro Morales, Julio, *Políticas Mineras en Colombia*, Bogotá, Instituto para una Sociedad y Derecho Alternativos ILSA, 2012.

Galeano Rey, Juan P.; Montañéz Ruíz, Julio C., “Delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales”, en AA. VV., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Editorial Temis, 2011.

García- Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Cuarta edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.

Gómez Vélez, Marta Isabel, *Protección Penal del Medio Ambiente y los recursos naturales en Colombia. Análisis político criminal*, Trabajo de grado, Maestría en Derecho, Universidad de Antioquia, 2012.

Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999.

Hassemer, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 51, 1999.

Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Hefendehl, Ronald, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *RECPC*, 04-14, 2002.

Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3 edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005.

Lasso Lozano, Rosa Melina, *Campo de la Minería del oro y habitus productivo en Marmato – Caldas: Estrategias de conservación y transformación en tiempos de globalización*, Trabajo de grado para optar al título de socióloga, Manizales, Universidad de Caldas, 2011

Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.

Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad*, Medellín, Pendiente de publicación, 2012.

Macías Gómez, Luis Fernando, *Introducción al Derecho ambiental*, Bogotá, Legis, 1998.

Mariño, Lilibian, “La perspectiva minera del país como reto a la reformulación de un estatuto ambiental”, en *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de los recursos naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

Ministerio de Minas y Energía, *Glosario Técnico Minero*, adoptado por el Decreto 2191 de 2003, Bogotá, consultado en <http://plataformaenergetica.org/obie/system/files/Glosario%20Minero.pdf>, el 20-08-2012.

Müller- Tuckfeld, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 1999.

Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, Bogotá, Editorial Temis, 2006.

Peris Riera, Jaime M., “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, 2006.

Plan Nacional de Desarrollo Minero 2019, Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, Ministerio de Minas y Energía, Colombia, 2006, publicado en http://www.upme.gov.co/Docs/PNDM_2019_Final.pdf, consultado el 4-09- 2012.

Posada Maya, Ricardo, “El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano”, en Velásquez, Fernando (Coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana*, Bogotá, Temis, 2005.

Prieto Sanchís, Luis, *Garantismo y Derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011

Quintero, Alfonso Cadavid, “La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano”, en Adán Nieto Martín, Omar A. Mejía Patiño (Coord.), *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla – La Mancha, 2009.

Restrepo Rodríguez, Diana, “Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 75, Medellín, Universidad EAFIT, julio – diciembre de 2010.

Reyes Bastidas, Yesid, *El Derecho ambiental*, Segunda edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Rodríguez, Gloria Amparo, “Consulta previa y mecanismos de participación ciudadana en contextos de conflictos socio-ambientales”, ponencia presentada en el *II Coloquio de Derecho y Ciencias sociales: La paradoja del desarrollo*, Medellín, Universidad EAFIT, 29 de septiembre de 2012.

Rodríguez Garavito, César; Morris, Meghan (Dirs.), *Justicia global 2 La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

Roxin, Claus, “¿Es la protección penal de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Claus Roxin, *Fundamentos político – criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Santos Calderón, Juan Manuel, “Buen gobierno para la prosperidad democrática. 110 iniciativas para lograrla”, publicado en <http://www.santospresidente.com/pdf/plan-de-gobierno-juan-manuel-santos.pdf>, consultado el 08- 10-2012.

Schünemann, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Silva Dias, Augusto, “« ¿Y si todos lo hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *ADPCP*, Vol. LVI, Madrid, Ministerio de Justicia, 2003, publicado en <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/2000-2004/resto2003.pdf>

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2011.

Silva Sánchez, Jesús María, “Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente”, en Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.), *Derecho penal y modernidad*, Lima, ARA Editores, 2010, pp.295- 318.

Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.), Bogotá, Temis, 2006.

Terradillos Basoco, Juan María, “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en Terradillos Basoco, Juan María y Acale Sánchez, María (coord.), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004.

UPME, *Producción más limpia en la minería de oro en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Minas y Energías, 2007.

Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tercera edición, Medellín, Comlibros, 2007.

Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

World Gold Council, “Interactive Goldprice chart and downloads”, 2012, disponible en https://www.gold.org/investment/statistics/gold_price_chart/, consultado el 7-10- 2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Manual De Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, Sentencia C- 127 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero.
Corte Constitucional, Sentencia C-969 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.
Corte Constitucional, Sentencia C-205 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

NOTAS EN PRENSA:

Ángel Urdinola, Santiago, “Minería: ¿prosperidad colectiva?”, en *Portafolio.co*, septiembre 27 de 2012, publicado en <http://www.portafolio.co/opinion/mineria-prosperidad-colectiva>, consultado el 30 -09- 2012.

“El «boom» minero-energético”, en *Colombia*, Boletín informativo No. 18, noviembre de 2011, p. 6, publicado en http://www.pbi-colombia.org/fileadmin/user_files/projects/colombia/files/colomPBIa/111122_boletin_fin_al_web.pdf, consultado el 08-10-2012.

El Espectador, “Títulos mineros aumentaron 1.089%”, en Periódico *El Espectador.com*, 1 de diciembre de 2011, publicado en <http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo-314536-titulos-mineros-aumentaron-1089>, consultado el 30 -09- 2012.

El País, “*Doce personas capturadas por extracción ilegal de oro en Zaragoza*”, 7 octubre de 2012, publicado en <http://www.elpais.com.co/elpais/valle/noticias/doce-personas-capturadas-por-extraccion-ilegal-oro-zaragoza>; Consultado el 07 -10- 2012.

Fiscalía General de la Nación, “*Nueve asegurados por delitos contra el medio ambiente*”, Bogotá, 7 marzo de 2012, publicado en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/nueve-asegurados-por-delitos-contra-el-medio-ambiente/>, consultado el 07 -10- 2012.

La Patria, “*20 personas capturadas por minería ilegal en Riosucio*”, 20 de septiembre de 2012, Manizales, publicado en <http://www.lapatria.com/sucesos/20-personas-capturadas-por-mineria-ilegal-en-riosucio-15342>, consultado el 07-10-2012.

Medellín, Miguel; Ordóñez, Felipe, “¿El nuevo régimen de regalías puede contribuir a enriquecernos?”, en *Semana Económica*, Edición 868, Asobancaria, 10 de septiembre de 2012, publicado en

http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/RegaliasImpuestos/ASOBANCARIA%20%20REGALI_AS.pdf, consultado el 30 -09- 2012.

Periódico El Colombiano, “*Capturados ocho personas por minería ilegal*”, 14 agosto de 2012, publicado en

http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/M/mineria_ilegal_capturadas_ocho_personas_en_caldas/mineria_ilegal_capturadas_ocho_personas_en_caldas.asp,

consultado el 07 -10- 2012.

Periódico El Universal, “*Capturados por explotación minera en Ovejas*”, 20 marzo de 2012, Sincelejo, publicado en

<http://www.eluniversal.com.co/monteria-y-sincelejo/sucesos/capturados-por-explotacion-minera-en-ovejas-69626>, consultado el 07 -10- 2012.

Periódico El Universal, “*17 capturados por explotación ilícita en yacimiento minero*”, Ayapel, Córdoba, publicado en

<http://www.eluniversal.com.co/monteria-y-sincelejo/sucesos/17-capturados-por-explotacion-ilicita-de-yacimientos-mineros-64556>,

consultado el 07 -10- 2012.

Ramírez, Socorro, “*Locomotora o motor enloquecido*”, en *Periódico el Tiempo*, 31 de agosto de 2012, publicado en

http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/socorroramirez/locomotora-o-motor-enloquecido-socorro-ramirez-columnista-el-tiempo_12184282-4, consultado el 05 -09- 2012.

Restrepo, Rodrigo, “*Emergencia lingüística*”, en *Revista Arcadia No. 53*, Bogotá, 22 de febrero – 22 de marzo de 2010.

Revista digital Buena Siembra, “*La megaminería y sus irreparables daños*”, publicado en

<http://buenasiembra.com.ar/ecologia/articulos/la-megamineria-sus-irreparables-danos-1220.html>, consultado el 08-10-2012.

Santacruz Cano, Javier, “*La importancia actual de los valores refugio como el oro*”, Madrid, Oro y Finanzas.com, 8 de agosto de 2012, publicado en

<http://www.oroymasfinanzas.com/2012/08/importancia-actual-valores-refugio-como-oro/>,

consultado el 07-10-2012.

Subcomandante Insurgente Marcos, "Carta a Eduardo Galano", Chiapas, México, 2 de mayo de 1995, publicada en <http://palabra.ezln.org.mx/>, consultada el 30 -09- 2012.

Yanes Garín, Exequiel, "Peligros y riesgos en Minería", en *Revista técnicos mineros*, Santiago de Chile, consultado en http://www.revistatecnicosmineros.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4077:peligros-y-riesgos-en-mineria-&catid=12:opinion&Itemid=18, el 05 -09-2012.