

Sentencia C-259/16

Referencia: expediente D-10891

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 685 de 2001, “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”

Demandante:
Jorge Armando Otálora Gómez

Magistrado sustanciador:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, el señor Jorge Armando Otálora Gómez, en la condición de Defensor del Pueblo y de ciudadano en ejercicio, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”.

En Auto del 10 de agosto de 2015, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. De igual manera dispuso comunicar la iniciación del presente proceso de inconstitucionalidad al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Agencia Nacional de Minería (ANM), a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Federación Colombia de Municipios, a la Asociación Colombiana de Minería (ACM), al Instituto de Estudios en

Regulación Minera, Petrolera y Energética del Departamento de Derecho Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia, al Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (INDEPAZ), al Instituto de Estudios Interculturales de la Pontificia Universidad Javeriana Sede Cali y a las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Rosario, Central, EAFIT, de Antioquia y Nariño, para que, si lo consideraban conveniente, intervinieran impugnando o defendiendo la disposición acusada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del precepto legal demandado, en el que se destaca y resalta el aparte cuestionado, conforme con su publicación en el Diario Oficial No. 44.545 de septiembre 8 de 2001:

“LEY 685 DE 2001 (Agosto 15)

Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

DECRETA: (...)

TÍTULO IV MINERIA SIN TÍTULO (...)

Artículo 165. *Legalización.* Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1º) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. **Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código.**

Los procesos de legalización de que trata este artículo, se efectuarán de manera gratuita por parte de la autoridad minera. Adicionalmente, esta última destinará los recursos necesarios para la realización de éstos, en los términos del artículo 58 de la Ley 141 de 1994.

Los títulos mineros otorgados o suscritos, pendientes de inscripción en el Registro Minero Nacional, con anterioridad a la vigencia de este Código, serán inscritos en el mismo y para su ejecución deberán cumplir con las condiciones y obligaciones ambientales pertinentes. Tampoco habrá lugar a suspender la explotación sin título, ni a iniciar acción penal, en los casos de los trabajos de extracción que se realicen en las zonas objeto de los Proyectos Mineros Especiales y los Desarrollos Comunitarios adelantados conforme a los artículos 248 y 249, mientras estén pendientes los contratos especiales de concesión objeto de dichos proyectos y desarrollos.”

III. DEMANDA

3.1. El accionante considera que el precepto legal demandado es contrario a los artículos 2, 8, 79, 80 y 250 del Texto Superior. Inicialmente realiza un acercamiento general al tema objeto de regulación, en el que señala que la disposición acusada se encuentra incluida dentro de una norma más amplia, que consagra una medida de legalización de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, a través de la cual se le otorgó a los explotadores informales o de hecho un término improrrogable de tres (3) años contados a partir del 1º de enero de 2002, para solicitar que la mina o minas correspondientes sean dadas en concesión, siempre que acreditaran las condiciones de fondo y de forma previstas en la ley y el área solicitada se hallare libre para contratar. La razón de ser de esta norma se encuentra en habilitar la explotación de los recursos mineros de propiedad del Estado, a quienes ya venían haciéndolo, sin la necesidad de un *título minero registrado*¹ y mientras se adelanta el trámite previsto para lograr tal reconocimiento.

En este sentido, una vez se haya formulado la solicitud de legalización y mientras la misma es resuelta por la autoridad competente, en el aparte que se cuestiona del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, se excluye de la “persecución penal y del amparo administrativo” a quienes explotan una de dichas minas, conforme al mandato según el cual no habrá lugar a proceder, “*respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306*^[2], ni a

¹ Sobre el particular, el artículo 14 del Código de Minas dispone que: “*A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. // Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.*”

² Puntualmente, las citadas normas establecen que: “**Artículo 161. Decomiso.** Los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no se hallen amparados por factura o constancia de las minas de donde provengan. Si se comprobare la procedencia ilícita de los minerales se pondrán además a disposición de la autoridad penal que conozca de los hechos. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a la minería de barequeo.” “**Artículo 306. Minería sin título.** Los alcaldes procederán a suspender, en cualquier tiempo, de oficio o por aviso o queja de cualquier persona, la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Esta suspensión será indefinida y no se revocará sino cuando los explotadores presenten dicho título. La omisión por el alcalde de esta medida, después de recibido el aviso o queja, lo hará acreedor a sanción disciplinaria por falta grave.”

proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código”³.

La dificultad que se plantea, en criterio del actor, surge de la consideración de que el trámite de legalización minera corresponde a un procedimiento complejo “con altas probabilidades de extenderse en el tiempo”⁴, por lo que la disposición demandada se convierte en una autorización para la inacción penal, policiva y administrativa del Estado, “permitiendo que las minas ilegales funcionen sin control, favoreciendo el transporte, aprovechamiento y comercialización de materiales sin las condiciones mínimas de seguridad” y al “margen de [las] normas ambientales, laborales, de seguridad industrial y salud ocupacional”.

3.2. Ante el escenario planteado se formulan dos cargos. El primero consistente en que la norma acusada vulnera los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP art. 8, 79 y 80), al impedir el control administrativo y penal durante el proceso de legalización de las minas sin título.

De forma concreta, el actor expone que en materia ambiental le compete al Estado adoptar medidas de protección, a través de la consagración de un sistema normativo que obligue a los particulares a no dañar el medio ambiente, ejerciendo, en cualquier tiempo, su facultad sancionatoria con el propósito de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80). De ahí que, y bajo lo expuesto en el precepto legal demandado, “el impedimento del ejercicio de acciones penales y la suspensión de actividades en cabeza de las autoridades locales hace inoperante e ineficaz” el logro de dicho objetivo, en especial, si se tiene en cuenta que “la minería ilegal ha adquirido dimensiones que desbordan el control de los autoridades locales y nacionales”.

Para el accionante, si bien podría considerarse que la medida dispuesta en la norma cuestionada persigue un fin legítimo, el cual se concreta en legalizar las actividades mineras para promover el desarrollo e impulso de la economía, particularmente en el ámbito local; no cabe duda de que su ejecución debe armonizarse con la protección del medio ambiente, lo cual difícilmente se logra cuando las minas apenas han iniciado el proceso de legalización, ya que pueden

³ Las normas en cita señalan que: “**Artículo 159. Exploración y explotación ilícita.** La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.” “**Artículo 160. Aprovechamiento ilícito.** El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero. En estos casos el agente será penalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código Penal, exceptuando lo previsto en este Código para la minería de barequeo.”

⁴ En la demanda se describe el siguiente procedimiento: “en primer lugar, el solicitante debe presentar el formulario de legalización y añadir información técnica y geológica. En segundo lugar, la autoridad de legalización hará un estudio de títulos mineros en la zona, si encuentra superposición habrá lugar al rechazo de la solicitud, si no hay superposición o ésta es parcial puede continuar. En tercer lugar, la autoridad minera delegada y la autoridad ambiental respectiva adelantarán en conjunto una visita técnica al área correspondiente. En cuanto lugar, la autoridad minera delegada procederá a elaborar un programa de trabajos y obras (PTO), por su parte, la autoridad ambiental procederá a elaborar e imponer mediante resolución motivada el plan de manejo ambiental (PMA) respectivo. Finalmente, el interesado deberá solicitar los permisos, autorizaciones y concesiones para uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables para concluir con la suscripción del contrato de concesión”.

ejecutar sus actividades “sin los requerimientos de un plan para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados en desarrollo del proyecto minero”, esto es, sin contemplar medidas de “mitigación, prevención de riesgos [y] contingencias” que correspondan con los mandatos de protección ambiental.

En conclusión, en palabras del actor, la disposición acusada del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, resulta abiertamente contraria a los artículos 8, 79 y 80 de la Constitución, pues involucra “la renuncia a la aplicación de medidas penales y administrativas a actividades mineras que no cumplen con los mencionados estándares de protección ambiental y seguridad”, lo que genera “altísimos costos para el medio ambiente, la racionalización del aprovechamiento de los recursos naturales, la seguridad de los ciudadanos y los deberes relacionados con la prevención, mitigación e indemnización de daños ambientales y ecológicos”. Se trata, en suma, de una norma que favorece la producción de la minería en condiciones de precariedad.

3.3. El segundo cargo se traduce en que el aparte acusado vulnera el principio constitucional, según el cual es deber del Estado investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente. En particular, se destaca que el artículo 250 de la Carta consagra como obligación de la Fiscalía adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos, la única excepción a este deber se encuentra en la utilización del principio de oportunidad, el cual permite suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, de acuerdo con las causales taxativas establecidas por el legislador.

Para el accionante, en términos prácticos, el aparte cuestionado dispone una renuncia y/o suspensión al ejercicio de la acción penal, cuyo rigor normativo no se ajusta a los elementos que configuran el uso válido del principio de oportunidad, circunstancia que igualmente implica desconocer el principio de garantía de un orden justo (CP art. 2), al permitir, por la falta de sanción, que se produzcan lesiones al medio ambiente y a los recursos naturales.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención del Ministerio de Minas y Energía

4.1.1. El apoderado del Ministerio de Minas y Energía solicita a la Corte declararse inhibida para pronunciar un fallo de fondo o, en subsidio, declarar la exequibilidad de la disposición demandada.

4.1.2. En cuanto a la primera solicitud, el interviniente sostiene que ninguno de los supuestos alegados por la demanda permite consolidar un verdadero cargo de inconstitucionalidad, ya que la acusación se limita a leer superficialmente el precepto legal impugnado, emitiendo juicios de valor y “efectuando imprecisas consideraciones que no permiten confrontar la norma acusada” frente a los mandatos de la Constitución.

4.1.3. En todo caso, de estimarse procedente el análisis de fondo, la demanda tampoco está llamada a prosperar, toda vez que el segmento cuestionado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, por una parte, corresponde a un ejercicio razonable de la potestad de configuración normativa que tiene el legislador para facilitar a los mineros informales legalizar su actividad y; por la otra, porque la demanda presume la ilicitud de su actividad y la generación *-per se-* de daños al medio ambiente, cuando para ello existen controles que desde el punto de vista reglamentario imponen, entre otras, la obligación de realizar una visita de campo por parte de las autoridades mineras y ambientales, con el propósito de fijar las condiciones de explotación e implementar medidas de corrección que permitan subsanar las fallas que se presenten, habilitando, incluso, la posibilidad de negar la legalización del proyecto cuando éste no resulte ambientalmente viable⁵.

En este orden de ideas, en criterio del interviniente, la demanda omite tener en cuenta que el proceso de legalización es una actuación reglada, en la que los mineros informales deben seguir un trámite regido por el debido proceso, en el que se les exige cumplir con todos los requerimientos de fondo y de forma previstos para el otorgamiento de una concesión, en un escenario de fiscalización, seguimiento y control de la actividad que desarrollan. No se trata de un mandato que tolere la inacción de la administración, sino de una política que responde a una realidad social cuyo enfoque incorpora “la evaluación documental con lo verificado en las visitas de campo, revisando en cada etapa aspectos técnicos, jurídicos, ambientales, económicos y de seguridad e higiene minera”. De esta forma, el Estado tiene mayor control sobre dichas actividades y puede efectivamente proteger el medio ambiente.

4.2. Intervención de la Agencia Nacional de Minería

4.2.1. El apoderado designado por la Agencia Nacional de Minería también solicita a la Corte declararse inhibida para pronunciar un fallo de fondo o, en su defecto, declarar la exequibilidad del aparte cuestionado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001.

4.2.2. En lo que respecta a la primera solicitud, el interviniente analiza de forma separada los dos cargos propuestos. En cuanto a la supuesta violación de los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP arts. 8, 79 y 80), se sostiene que la demanda planteada incumple con la carga de certeza.

Para el efecto, resalta que la acusación se enfoca básicamente en considerar que el período de duración del proceso de legalización, conduce a permitir que las mineras de hecho actúen sin control y sin tener que someterse a estándares de protección ambiental y de seguridad. Para el interviniente, más allá de considerar que esta lectura de la norma desconoce que su objetivo es el de garantizar a pequeños mineros que laboran de manera informal sus derechos a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, resalta que la misma se fundamenta en presuntos efectos prácticos que, a diferencia de lo planteado en la

⁵ Decreto 2390 de 2002, art. 8.

demanda, no se derivan del precepto cuestionado. Sobre este punto, se especificó lo siguiente:

“(…) la autoridad ambiental no pierde de manera alguna la competencia para velar por el desarrollo de la actividad minera en cumplimiento de la normativa ambiental, e incluso puede llegar a suspender la ejecución del proyecto minero de encontrar una vulneración a la misma. En otras palabras, el desarrollo de la minería sin título –objeto principal de la norma acusada– se encuentra igualmente sujeta al cumplimiento de los principios constitucionales y normas legales respecto de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales. Asimismo, las actividades pueden ser suspendidas por motivos de seguridad e higiene minera en virtud de las potestades [vigentes], en cualquier momento aún antes de haberse resuelto la solicitud. // Así entonces, el cargo [formulado] por el actor no cumple con [el requisito] de certeza (...), en la medida [en] que este no [se] dirige contra el texto de la norma acusada sino contra un contenido que la norma no detenta y que se relaciona más con los posibles efectos de su indebida interpretación o aplicación. Efectivamente (...), al considerar que la consagración de estas prerrogativas impide el debido control por parte de la autoridad ambiental y el respeto por la normatividad ambiental, [el actor] le otorga a la norma un sentido y contenido que la misma no tiene”.

Por su parte, en lo relativo al supuesto desconocimiento del deber del Estado de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, el interviniente afirma que se desconocen las cargas de pertinencia y especificidad, pues los “argumentos son vagos, abstractos e imprecisos”, al sostener que no se dan las condiciones en la norma para que proceda el principio de oportunidad, cuando dicha configuración le compete de manera exclusiva al legislador, bajo la lógica del carácter de *ultima ratio* de la acción penal. Este último punto tiene especial trascendencia en el caso bajo examen, ya que la medida adoptada responde a la necesidad de garantizar los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de los mineros informales.

4.2.3. En lo que concierne al análisis de fondo, el núcleo central de la intervención se encuentra en resaltar que la disposición acusada no riñe con la aplicación de las normas de protección al ambiente, ni tampoco excluye la presencia de las autoridades en el cumplimiento de las funciones a su cargo. Por el contrario, el aparte cuestionado responde al deber de proporcionar medidas para generar estabilidad jurídica y social frente a un segmento de la población, que si bien ha desarrollado una actividad sin las exigencias propias de la formalidad, lo ha hecho con el convencimiento y bajo las aristas de la confianza legítima, como lo recordó esta Corporación en la Sentencia T-204 de 2014⁶.

De esta manera, sin importar la existencia o no de una licencia, un contrato o una prerrogativa que autorice el desarrollo de una actividad, todas las acciones o conductas que trasgreden al medio ambiente, son susceptibles de ser

⁶ M.P. Alberto Rojas Ríos.

investigadas y castigadas por intermedio del procedimiento sancionatorio ambiental regulado en la Ley 1333 de 2009, en el que se incluye el cierre temporal o definitivo del establecimiento⁷. Estas sanciones son impuestas por las autoridades ambientales, de acuerdo con su régimen de competencias.

Esas mismas autoridades deben necesariamente participar en el proceso de otorgamiento del título minero, conforme se regula de manera general en el Código de Minas⁸, y también se plantea de forma específica en el proceso de legalización, según se dispone en el Decreto 2390 de 2002.

Esta circunstancia destaca la errónea lectura del precepto acusado realizada por el actor, pues las excepciones que allí se consagran frente a quien inicia un proceso dirigido a regularizar una situación informal son de alcance restrictivo, esto es, “no abarcan ni se ocupan de las sanciones ambientales, de las cuales, como ya se explicó, es responsable quien adelanta la actividad, independientemente del proceso o [sector] a la que se encuentre adscrita”. Por consiguiente, a diferencia de lo expuesto por el demandante, la legalización minera no se encuentra exenta de responsabilidades, ni da lugar a crear una investidura de legalidad en la que se puede adelantar todo tipo de actuaciones.

Bajo este contexto, el interviniente entiende que las excepciones que se consagran en torno a las medidas previstas en los artículos 159, 160, 161 y 306 del Código de Minas, son coherentes con la responsabilidad que debe asumir el Estado al permitir, por su omisión de vigilancia, que se generara una creencia sobre su autorización legal, más aún cuando se encuentran estrechamente relacionadas con la garantía de derechos fundamentales de quienes desarrollan una actividad laboral de manera informal⁹.

4.3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

El Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito a través del cual solicita que la norma acusada sea declarada exequible, con fundamento en las siguientes razones:

(i) Inicialmente, señala que el proceso de legalización minera se enmarca dentro del propósito de hacer efectivo los derechos fundamentales de quienes se dedican a la minería de hecho, entre los cuales se encuentran un grupo heterogéneo de comunidades que van desde los indígenas, afrocolombianos, campesinos y empresas informales.

(ii) En este escenario, se consagran unas medidas excepcionales que prohíben el decomiso de minerales, impiden suspender de oficio su explotación por la carencia de título inscrito y excluyen la posibilidad de ejercer la acción penal frente a los comportamientos descritos en los artículos 159 y 160 del Código de

⁷ Ley 1333 de 2009, art. 44.

⁸ Ley 685 de 2001, arts. 4 y 48.

⁹ En este punto, el interviniente resalta nuevamente la Sentencia T-204 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Minas¹⁰. Para acceder a estos beneficios, según se consagra en la parte inicial del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito tenían un plazo de tres (3) años, contado desde la entrada en vigencia de la citada ley. Esto significa que se está en presencia de un régimen especial con vocación transitoria, más allá de que las prerrogativas que otorga perduren hasta tanto el trámite administrativo sea efectivamente resuelto.

(iii) En lo que atañe al primer cargo formulado, la Fiscalía considera que la norma demandada, en lugar de vulnerar los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales, tiene la virtualidad de convertirse en un medio para asegurar su defensa, en cuanto privilegia la formalización del quehacer minero, bajo parámetros de control en los que se puede examinar la forma como se está desarrollando dicha actividad, con miras a implementar estrategias que eviten la afectación del ecosistema. La expedición de esta norma permite entonces ajustar a la minería tradicional o informal a los requisitos ecológicos, ambientales, fiscales, etc.

(iv) Por su parte, en lo concerniente a la acusación derivada del supuesto incumplimiento del deber de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, el interviniente aclara que el actor incurre en una imprecisión, al suponer que la imposibilidad de proseguir la acción penal respecto de las conductas punibles descritas en los artículos 159 y 160 del Código de Minas, corresponde a una renuncia y/o suspensión de la persecución penal por fuera del ámbito de ejercicio del principio de oportunidad, como única excepción consagrada en la Carta. Precisamente, en su opinión, lejos de tratarse de una salvedad al deber de investigar, lo que se consagra es una hipótesis de excepción respecto de la configuración del tipo, a partir de la falta de antijuridicidad material y formal del comportamiento descrito.

Para explicar este argumento se destaca que si bien los artículos 159 y 160 de la Ley 685 de 2001 refieren al artículo 224 del Código Penal, dicho precepto fue sustituido por el actual artículo 338 de la Ley 599 de 2000, en el que se dispone el tipo de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.

La forma como redactó la citada conducta punible convierte en objeto del derecho penal a la explotación de minas “sin el permiso de la autoridad competente”¹¹. No obstante, dicha prohibición tiene que armonizarse con lo dispuesto en el artículo 165 del Código de Minas, en cuya parte inicial se habilita el aprovechamiento de aquellas que venían siendo explotadas con

¹⁰ Las normas en cita disponen que: “**Artículo 159. Exploración y explotación ilícita.** La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.” “**Artículo 160. Aprovechamiento ilícito.** El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero. En estos casos el agente será penalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código Penal, exceptuando lo previsto en este Código para la minería de barequeo.”

¹¹ El artículo 338 de la Ley 599 de 2000 dispone que: “El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explore, extraiga o extraiga yacimiento minero, o explore arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

anterioridad a su entrada en vigencia, siempre que en el término de tres (3) años se sometieran al proceso de legalización. Ante esta realidad, se entiende que quien inicia y asume las cargas del citado proceso cambia su situación jurídica y, por dicha razón, ante la existencia de una habilitación del Estado, su conducta queda excluida del tipo de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. De forma sistemática, por ejemplo, el Decreto 276 de 2015, en el que se adoptan medidas relacionadas con el Registro Único de Comercializadores (RUCOM), define a los explotadores mineros autorizados, incluyendo al “*solicitante de programas de legalización o de formalización minera, mientras se resuelven dichas solicitudes*”.

En este contexto, en palabras del interviniente, es claro que “quienes ejercen la minería tradicional e iniciaron el proceso de legalización, se encuentran autorizados por la ley para continuar desarrollando la actividad minera”, por lo que a partir de la autorización expresa que las normas otorgan a los solicitantes, “es imposible adecuar el tipo penal del artículo 338.” De esta manera, “no se configura la ilicitud cuando la ley otorga una autorización provisional, hasta tanto no se resuelve su solicitud de legalización”.

Aun cuando este proceso es dilatado y todavía no ha terminado respecto de varias solicitudes, no por ello puede afirmarse que el Estado desconoce sus deberes de protección y sanción con miras a salvaguardar el medio ambiente. Una afirmación como la realizada en este sentido por el actor, además de que termina siendo un reproche al proceso administrativo y no a la constitucionalidad de la norma demandada, desconoce que la Fiscalía, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, persigue penalmente a quienes incurren en conductas que atenten contra el ecosistema a raíz de las actividades que desarrollan, sin importar la habilitación que el Estado les haya otorgado. Tal circunstancia ocurre, entre otros, con delitos como el daño en los recursos naturales o la contaminación ambiental.

En conclusión, el actor omite que el legislador dispuso múltiples vías para proteger al medio ambiente ante actos riesgosos o en los que se haya materializado un perjuicio, y si bien excluye la antijuridicidad formal del tipo de la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, lo hace dentro de la lógica de una habilitación legal para llevar a cabo dicha explotación, en el ámbito de la aplicación subsidiaria y como *ultima ratio* del derecho penal.

4.4. Intervención de la Contraloría General de la República

El apoderado de la Contraloría General de la República solicita a esta Corporación declarar la inexecutable del precepto legal demandado. En su concepto, la norma “restringe el accionar del Estado respecto de una actividad que mientras no exista título minero sigue siendo ilegal”, al mismo tiempo que se constituye “en un mecanismo para burlar la actividad de protección de los recursos naturales por parte del Estado”. Para el interviniente, la situación se agrava si se tienen en cuenta las deficiencias normativas y de control administrativo a la minería ilegal y la falta de articulación de algunas normas del derecho minero con la Constitución. Por último, resalta la preocupación que

existe en la OCDE sobre el régimen común de otorgamiento de títulos (primero en el tiempo, primero en el derecho)¹² y la participación de los grupos armados en la minera ilegal de oro, carbón, coltán y otros minerales.

4.5. Intervención de la Asociación Colombiana de Minería (ACM)

El Representante Legal de la Asociación Colombiana de Minería coadyuva los argumentos de la demanda, al entender que el tipo penal de extracción ilícita de minerales fue creado por el legislador para proteger un bien jurídico de singular importancia, por lo que de mantenerse suspendido el poder del Estado para perseguir y sancionar a quienes ejercen actividades de forma ilegal, sin el acatamiento de la normatividad prevista para el correcto desarrollo del sector minero, no sólo pone en riesgo al medio ambiente, sino que termina vulnerando la propiedad misma del Estado sobre el subsuelo.

4.6. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios

El Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios coadyuva la demanda, en el sentido de resaltar que resulta difícil llevar a cabo el control de la minera ilegal por parte de los alcaldes, circunstancia que se torna aún más compleja cuando se encuentran en suspenso la posibilidad de acudir a las facultades consagradas en los artículos 161 y 306 del Código de Minas.

4.7. Intervención del Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia

4.7.1. Los docentes que integran el Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia solicitan a la Corte declararse inhibida para emitir un fallo de fondo o, en subsidio, declarar la exequibilidad del precepto demandado.

4.7.2. En lo que respecta a la primera solicitud, los intervinientes consideran que el cargo vinculado con la supuesta violación de los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP arts. 8, 79 y 80) incumple la carga de certeza. En tal sentido, resalta que los argumentos expuestos no se dirigen a cuestionar el texto de la norma acusada, sino que su objeto es el de plantear una controversia alrededor de unos efectos que sólo tienen cabida a partir de su indebida interpretación. De este modo, señala que en ningún momento la autoridad ambiental pierde la competencia “para velar por el desarrollo de la actividad minera en cumplimiento de la normativa ambiental”, por lo que incluso puede llegar a suspender su ejecución “de encontrar una vulneración a la misma”.

Aunado a lo anterior, en lo referente al segundo cargo formulado, se invoca un desconocimiento de las cargas de especificidad y pertinencia, en la medida en que se presentan argumentos vagos, abstractos e imprecisos, en los que no se hace ningún esfuerzo por sustentar, ni siquiera de forma sumaria, las razones

¹² Ley 685 de 2001, art. 16.

que justifican la inconstitucionalidad planteada. Precisamente, en palabras de los intervinientes, se omitió toda consideración al principio de autonomía legislativa y al carácter mínimo del derecho penal, frente a una realidad en la que se busca implementar un esquema de legalización respecto de una población carente de título, pero que depende de la corrección de su situación con miras a salvaguardar sus derechos fundamentales.

4.7.3. A pesar de lo expuesto, en caso de que se decida proferir un fallo de fondo, no se advierte que el precepto demandado desconozca la Constitución, por cuanto las prerrogativas previstas en la ley son limitadas y se relacionan con un objeto concreto, preservando el control que les asiste a las autoridades ambientales sobre las actuaciones que se desarrollan en las áreas objeto del proceso de legalización. Así, por ejemplo, se señala la posibilidad de adoptar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en la Ley 1333 de 2009¹³. A ello se agrega que la normatividad objeto de acusación se inserta dentro de la finalidad de garantizar los derechos de una población que ha sido indirectamente autorizada por el Estado para el uso de una mina, como consecuencia de la inobservancia de sus deberes de supervisión y de los mandatos que surgen de la confianza legítima, como lo advirtió este Tribunal en la Sentencia T-204 de 2014¹⁴.

4.8. Intervención de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

4.8.1. El docente designado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita declarar la exequibilidad de la norma demandada. Para tal efecto, en primer lugar, resalta que la disposición busca alentar la legalización de los proyectos mineros que operan de forma irregular, alejados, precisamente, de los controles estatales que pueden imponer medidas de amparo respecto del medio ambiente. En este sentido, el aparte impugnado constituye un mecanismo de gran ayuda en el fortalecimiento del Estado para el cumplimiento de sus deberes, en especial, si se tiene en cuenta que en este proceso se exigen reglas de manejo ambiental, previa obtención de las licencias o autorizaciones respectivas para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, con las que se pretenden asegurar que el proyecto se adecue a las exigencias del desarrollo sostenible. La importancia del precepto cuestionado radica entonces en que se convierte en un método directo para combatir la ilegalidad, al tiempo que evita un impacto ambiental desmedido.

La lógica y sensatez de las medidas adoptadas, se encuentra en que de no existir los incentivos demandados, “ningún titular de un proyecto minero estaría dispuesto a exponer la ilegalidad de su actividad ante las autoridades”, más aún cuando ello conduce al “riesgo de enfrentar una responsabilidad penal”.

4.8.2. En cuanto al supuesto desconocimiento del artículo 250 del Texto Superior, el interviniente señala que existe una lectura incorrecta del precepto

¹³ “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.”

¹⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

demandado, pues en él lo que se hace es eliminar la antijuridicidad del comportamiento típico consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000. De esta manera, no se trata de una suspensión o renuncia de la acción penal frente a un delito, sino de la eliminación de la configuración de este último, cuando se encuentra en trámite el proceso de legalización de una mina.

4.9. Intervención del Instituto de Estudios Interculturales (IEI) de la Universidad Javeriana de Cali

El Director del Instituto de Estudios Interculturales (IEI) de la Universidad Javeriana de Cali solicita que la norma acusada sea declarada exequible. Para comenzar destaca que el Código de Minas actualmente vigente se quedó corto en lo referente a las definiciones del tipo de minería que se pueden presentar, ya que tan sólo acude a la clasificación entre minería legal o ilegal, a partir de la existencia o no de un título habilitante.

Ello desconoce expresiones como (i) la minería *ancestral* desarrollada por las comunidades étnicas en sus territorios; (ii) la minería *artesanal* tradicionalmente vinculada con las comunidades rurales; (iii) la minería de *subsistencia* como aquella que se ejecuta a pequeña escala, de manera no mecanizada, y que utiliza medios artesanales o rudimentarios de extracción; (iv) la minería *informal* relacionada con el incumplimiento de alguno de los requisitos que se establecen para su formalización, siendo por lo general de pequeña escala; y (v) la *minería ilícita* como aquella que no tiene la intención de legalizarse y que sus labores extractivas son destinadas a acciones delictivas o criminales.

Con excepción de esta última, la acción estatal debe estar encaminada a brindar políticas públicas sociales que faciliten su legalización, más no a la imposición de medidas represivas como lo son las acciones penales. En este contexto, su papel se relaciona incluso con expresiones de carácter cultural, social y simbólico que demandan una mayor atención por parte del Estado, en términos de inclusión.

A partir de este análisis, el interviniente concluye que la norma no puede ser declarada inexecutable sin tener en cuenta las consideraciones expuestas, ya que puede ponerse en riesgo la protección a prácticas ancestrales, así como a la labor que se desarrolla por las comunidades campesinas. De esta manera, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, como primera medida, podría proferirse un fallo condicionado en el que se limite la aplicación de la norma a la minería ilícita; y en subsidio, si se declara la inexecutable de todo el apartado cuestionado, se debe disponer a cargo del Estado una orden que priorice la expedición de un Código de Minas que refleje la realidad sobre este tema y que reconozca las distintas categorías de explotación minera que se pueden presentar.

4.10. Intervenciones ciudadanas

4.10.1. Intervención de los ciudadanos Edwin Alejandro Buenhombre Moreno y Karen Daniela Rosero Narváz

En el escrito que se presenta por los citados ciudadanos se coadyuva la demanda, pues se considera que es inconstitucional que el precepto acusado impida el control penal y administrativo durante el proceso de legalización de las minas, en perjuicio del mandato que impone proteger al medio ambiente, en un contexto en el que debe priorizarse el desarrollo sostenible y excluirse cualquier actividad que implique el uso del mercurio, como ocurre con algunas mineras ilegales que explotan el oro.

4.10.2. Intervención del ciudadano Juan Sebastián Laverde Cortés

En el documento radicado ante esta Corporación, el ciudadano Laverde Cortés considera que la disposición legal demandada debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, por cuanto eliminó la posibilidad de investigar y sancionar penalmente a quienes hayan iniciado una solicitud de legalización de un título minero. Esta circunstancia conduce a una afectación irreversible sobre el medio ambiente, teniendo en cuenta el tiempo que dura este tipo de trámites, aunado a que facilita las labores de los grupos armados ilegales, quienes tienen un importante control de las zonas en las que se desarrolla la minería ilegal. La declaratoria de inconstitucionalidad del precepto acusado no sólo permitiría llevar a cabo la función de la Fiscalía de investigar y sancionar las conductas punibles, sino que también protegería a los pueblos étnicos que habitan dichos territorios y permitiría desfinanciar a las organizaciones al margen de la ley que han encontrado en la minería ilegal una de sus principales fuentes de financiación.

Por último, el interviniente aclara que a través de su intervención no pretende que exista una persecución penal a los trabajadores de la minería de barequeo o de subsistencia, ni que tampoco se prohíba dicha actividad en relación con las comunidades étnicas, en tanto se trata de sujetos de especial protección que demandan medidas especiales para salvaguardar su mínimo vital.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte, por una parte, declarar la exequibilidad de la expresión *“formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306”* de la Ley 685 de 2001, bajo el entendido de que las explotaciones mineras sólo podrán realizarse previo cumplimiento de las normas ambientales. Y, por la otra, pide decretar la inexecuibilidad de la frase *“ni proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este código”*, igualmente contenida en el precepto en mención.

Respecto de la primera solicitud, la Vista Fiscal afirma que independientemente de las normas que permiten la legalización de la actividad minera, el desarrollo de la misma siempre debe estar acorde con las regulaciones de carácter general sobre el medio ambiente. De esta manera, la primera parte del artículo 165 de la Ley 685 de 2001 debe ser interpretada, en el entendido de que el beneficio que

allí se consagra, se aplica sin perjuicio de las medidas de control que les correspondes adoptar a las entidades del Sistema Nacional Ambiental, de conformidad con la normatividad vigente.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la segunda petición, el representante del Ministerio Público sostiene que no existe razón válida que justifique que el Estado se abstenga de investigar o perseguir el delito de explotación ilícita de yacimiento minero, en especial, cuando la suspensión de *facto* que se dispone no resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta, el cual tan sólo consagra como vía para excepcionar el ejercicio de la acción penal al principio de oportunidad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia formal

En virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 del Texto Superior¹⁵, esta Corporación es formalmente competente para conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 685 de 2001, “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”, en la medida en que se trata de un precepto de carácter legal expedido con fundamento de la atribución consagrada en el numeral 2 del artículo 150 de la Constitución¹⁶.

Sin embargo, antes de proceder con la formulación del problema jurídico y en el ámbito de la definición de la competencia que le asiste a este Tribunal para proferir una decisión de fondo, por un parte, es preciso que se examine si el aparte impugnado sigue produciendo efectos jurídicos a pesar de su vocación transitoria¹⁷; y por la otra, si la demanda ciudadana se ajusta a los mínimos argumentativos de los cuales depende la prosperidad del juicio abstracto de inconstitucionalidad respecto de normas de naturaleza legal, en virtud de su carácter predominantemente rogado y no oficioso¹⁸.

6.2. Cuestión previa. Del carácter transitorio del precepto demandado y de sus efectos jurídicos

6.2.1. Desde sus inicios, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que no es posible estudiar la constitucionalidad de mandatos legales que no hacen parte del sistema normativo, bien sea (i) porque han dejado de estar vigencia, o (ii) simplemente porque han dejado de producir efectos jurídicos¹⁹. Como se

¹⁵ “**Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Énfasis por fuera del texto original.

¹⁶ La norma en cita dispone que: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”.

¹⁷ Como se verá más adelante, en jurisprudencia reiterada se ha dicho que no cabe adelantar un juicio de inconstitucionalidad en relación con normas cuyo objeto ya se cumplió y que, por ende, no siguiente produciendo efectos jurídicos. Sobre el particular se puede consultar la Sentencia C-113 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁸ En la Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se manifestó que: “*el control de constitucionalidad de las leyes es una función jurisdiccional que se activa, por regla general, a través del ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, para lo cual se exige la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, sin perjuicio de los casos en los que la propia Constitución impone controles automáticos, como ocurre con las leyes aprobatorias de tratados internacionales o las leyes estatutarias.*” No obstante, con el propósito de que la Corte pueda ejercer su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta, es obligatorio que dicha acusación reúna los requisitos mínimos consagrados en el Decreto 2067 de 1991, en los términos en que han sido definidos por la jurisprudencia constitucional. De no ser así, y si el caso llega a la instancia de decisión de la Sala Plena, este Tribunal deberá proferir un fallo inhibitorio, por la ineptitud sustantiva de la demanda.

¹⁹ Dentro de estas manifestaciones se ha excluido el control sobre las normas que todavía no han entrado en vigencia, respecto de las cuales la certeza en relación con el momento en el que entrarán a regir autoriza su control de constitucionalidad. Al respecto, en la Sentencia C-728 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se expuso que: “(...) la tesis que ha imperado en esta materia es que el escrutinio judicial sólo procede cuando la respectiva disposición o acto normativo impugnado produce o puede producir efectos jurídicos, de modo que una vez expirado el plazo en el cual debía regir, o una vez satisfecho su objeto porque se han realizado los mandatos en ella contenidos, no procede el juicio de validez. En otras ocasiones se ha extendido el control

observa se trata de dos circunstancias puntuales en las que este Tribunal resulta incompetente para proferir de una decisión de fondo por sustracción de materia, ante la ocurrencia de lo que la Corte ha denominado “carencia actual de objeto”²⁰.

6.2.1.1. En la primera situación expuesta, el escenario que se propone es el de la pérdida de vigencia de la norma acusada como consecuencia de la operancia de alguna de las hipótesis de derogatoria consagradas en el ordenamiento jurídico (expresa, tácita y orgánica²¹). Sobre el particular, se entiende que el control de constitucionalidad al suponer un juicio de contradicción entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, lo que exige –como *conditio sine qua non*– es que el precepto demandado exista y mantenga su carácter obligatorio²².

En todo caso, ante la necesidad de garantizar la supremacía de la Carta (CP art. 4) y dado que en algunas ocasiones puede darse una vigencia ultra activa de las normas objeto de demanda, en razón de la aplicación del principio de favorabilidad, de reglas especiales de transición o de circunstancias análogas, la jurisprudencia ha contemplado la posibilidad de que la Corte se pronuncie sobre disposiciones derogadas que, a pesar de ello, continúen produciendo efectos jurídicos o pudieren llegar a hacerlo en el futuro²³. Al respecto, en la Sentencia C-558 de 1996²⁴, se explicó que:

“[Para] adelantar el estudio de constitucionalidad de una norma que ha sido derogada o modificada por voluntad del legislador, se requiere que la misma continúe produciendo efectos jurídicos. De lo contrario, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta innecesario, por carencia actual de objeto. En efecto, esta Corporación ha sostenido que en función de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ella debe conocer de disposiciones que hayan sido acusadas y se encuentren derogadas, siempre y cuando tales normas continúen produciendo efectos jurídicos. En cambio, si la norma demandada excluida del ordenamiento jurídico no sigue surtiendo efectos jurídicos o nunca los produjo, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta inocuo, por carencia de objeto.”²⁵

frente a preceptos legales que no han entrado a regir porque la ley difirió en el tiempo su aplicabilidad, pero que tienen la potencialidad de producir efectos en el futuro y existe una expectativa razonable de que así ocurra en el futuro próximo. Así se determinó en la sentencia C-818 de 2011, cuando se avocó el conocimiento de las normas de la Ley 1437 de 2011 que regulaban el derecho de petición, por ser inminente su entrada en vigencia en el futuro próximo”. Énfasis por fuera del texto original.

²⁰ Véanse, entre otros, el Auto 007 de 1992 y las Sentencias C-329 de 2001, C-338 de 2002 y C-931 de 2009.

²¹ La derogatoria de una ley conlleva a la cesación de sus efectos jurídicos cuando (i) una nueva ley suprime formal y específicamente a la anterior (*derogatoria expresa*); (ii) cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua (*derogatoria implícita*); y cuando (iii) una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias disposiciones precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre los mandatos de éstas y los de la nueva ley (*derogatoria orgánica*).

²² Al respecto, entre otras, se pueden consultar las Sentencias C-505 de 1995, C-471 de 1997, C-480 de 1998, C-521 de 1999, C-758 de 2004, C-335 de 2005, C-825 de 2006, C-896 de 2009 y C-898 de 2009.

²³ En la Sentencia C-714 de 2009, la Corte se pronunció de fondo acerca de algunas reformas al Estatuto Tributario contenidas en la Ley 863 de 2003 que, a pesar de haber sido derogadas por la Ley 1111 de 2006, todavía podían ser objeto de reclamaciones judiciales o administrativas.

²⁴ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁵ En el mismo sentido, entre otras, se pueden consultar las Sentencias C-745 de 1999, C-1144 de 2000, C-328 de 2001, C-1066 de 2001 y C-1067 de 2008.

6.2.1.2. En la segunda alternativa planteada, el problema que se presenta va más allá del examen sobre la derogatoria de las disposiciones, para entrar a verificar si la demanda recae sobre preceptos que contienen mandatos específicos que, por razón de su contenido y alcance, ya fueron ejecutados. Se trata entonces de un análisis vinculado con la producción de efectos en el tiempo de una norma, a partir su vocación de permanencia²⁶.

En este orden de ideas, en criterio de la jurisprudencia constitucional, por regla general, este Tribunal carece de competencia para conocer de demandas contra leyes cuyo marco regulatorio ya se cumplió y no sigue produciendo efectos, pues al agotarse plenamente su contenido, se estaría en presencia de hechos cumplidos que, en principio, tornarían improcedente el examen de situaciones jurídicas que se encuentran consolidadas. Sobre el particular, en la Sentencia C-350 de 1994²⁷, se dijo que:

“Cuando se demandan normas que contienen mandatos específicos ya ejecutados, es decir, cuando el precepto acusado ordena que se lleve a cabo un acto o se desarrolle una actividad y el cumplimiento de ésta o aquél ya ha tenido lugar, carece de todo objeto la decisión de la Corte y, por tanto, debe ella declararse inhibida. // En efecto, si hallara exequible la norma impugnada no haría otra cosa que dejar en firme su ejecutabilidad y, habiéndose dado ya la ejecución, la resolución judicial sería inútil y extemporánea. Y si la encontrara inexecutable, no podría ser observada la sentencia en razón de haberse alcanzado ya el fin propuesto por quien profirió la disposición; se encontraría la Corte con hechos cumplidos respecto de los cuales nada podría hacer la determinación que adoptase.”

De este modo, esta Corporación ha proferido fallos inhibitorios por carencia de objeto, (i) cuando ha expirado el plazo en el que las medidas adoptadas debían regir o (ii) cuando se ha satisfecho su objeto porque se han realizado los parámetros normativos contenidos en la ley. Al respecto, por ejemplo, en la Sentencia C-113 de 1998²⁸, este Tribunal se abstuvo de tomar una decisión de fondo, en relación con varias disposiciones establecidas para obtener el saneamiento tributario de mercancías introducidas al país sin el cumplimiento de los requisitos consagrados en el régimen aduanero²⁹, al estimar que por el carácter temporal del citado mecanismo, los mandatos allí previstos ya se habían

²⁶ De esta manera, por ejemplo, en la Sentencia C-728 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se expuso que: *“esta Corporación ha establecido que la acción de inconstitucionalidad solo es viable en aquellos contextos en los que se ataca la validez de una disposición que produce efectos jurídicos, porque solo en estos eventos se pone en entredicho la supremacía y la integridad de la Carta Política. Por este motivo, cuando el precepto legal demandado carece de esta potencialidad, bien sea porque ha sido derogado o porque ya no rige porque no tenía vocación de permanencia, la Corte se ha abstenido de pronunciarse sobre su constitucionalidad. En este entendido, aunque el escrutinio judicial supone un juicio de validez en el que se confronta un precepto infraconstitucional con el ordenamiento superior, a efectos de excluir del sistema aquellas prescripciones que sean incompatibles con este último, la determinación de la vigencia y eficacia de tales normas constituye una fase preliminar del control abstracto, que sirve para determinar la procedencia del mismo”*.

²⁷ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁹ Ley 49 de 1990, art. 61; y Decreto 1751 de 1991, arts. 1 y 4.

agotado y sus efectos se encontraban plenamente consolidados. En el mismo sentido, en la Sentencia C-709 de 2005³⁰, la Corte señaló que no era procedente examinar la validez constitucional del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, que establecía la vinculación a título de provisionalidad de algunos docentes, por un lado, porque la medida dispuesta se encontraba incorporada en una norma de carácter transitorio, y por el otro, porque la consecuencia jurídica allí prevista debía producirse en el año 2002³¹.

Tan sólo en hipótesis excepcionales se ha admitido el control constitucional sobre preceptos cuyos efectos jurídicos se entienden consolidados, cuando la abstención del control por parte del juez constitucional se podría traducir en una erosión de la supremacía de la Carta. Precisamente, en la Sentencia C-728 de 2015³², la Corte hizo referencia a algunos casos puntuales, entre los cuales se destacan: (i) cuando las disposiciones tienen un ámbito temporal de aplicación particularmente estrecho y limitado, y esa circunstancia impide activar y efectuar el control de constitucionalidad durante ese período de tiempo. En este caso lo que se busca es evitar que los órganos de producción normativa, a través de reglas de corta duración, eludan el escrutinio judicial³³; o (ii) cuando existe una manifiesta y grave vulneración del ordenamiento superior por parte de un precepto cuyos efectos jurídicos han cesado, y tal circunstancia justifica un fallo de inexecutable con efectos retroactivos.

En conclusión, por regla general, la Corte ha indicado que no cabe el examen del fondo de una demanda de inconstitucionalidad cuando las disposiciones acusadas han perdido su vigencia y sus efectos ya no se proyectan hacia el futuro, o cuando las hipótesis que en ellas se regulan ya han sido plenamente agotadas, siempre que no sea necesario evitar una transgresión del principio de supremacía constitucional.

6.2.2. En el asunto bajo examen, el aparte demandado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, se inscribe dentro de la lógica de un precepto excepcional con vocación transitoria, a través del cual se implementa un mecanismo para la formalización de la actividad minera, frente a minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. En efecto, el encabezado de la norma en cita y el segmento cuestionado disponen que:

“Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1º) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad

³⁰ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Con una lógica semejante, en los Autos 169 de 2005 y 266 de 2005, este Tribunal confirmó la decisión de rechazar otras demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra del mismo precepto, sobre una idéntica base argumentativa.

³² M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³³ En la sentencia C-803 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte se pronunció sobre la validez de una norma cuyo plazo de vigencia era de tan solo 14 días.

minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código”.

Del anterior texto normativo se infiere que:

(i) Se creó un mecanismo de legalización de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, a favor de quienes venían explotándolas antes de la entrada en vigencia de la Ley 685 de 2001³⁴.

(ii) El acceso al proceso de formalización se limitó al término improrrogable de tres (3) años contados a partir del 1º de enero de 2002. Por ello, el artículo 2 del Decreto 2390 de 2002 estipula que: *“Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, que pretende[n] beneficiarse de las prerrogativas establecidas en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, deberán diligenciar el formulario simplificado adoptado por el Ministerio de Minas y Energía y presentarlo antes del 31 de diciembre de 2004 ante las autoridades mineras delegadas. (...)”*³⁵.

(iii) La legalización se sometió a un procedimiento de carácter rogado, por lo que era deber del interesado solicitar ante las autoridades competentes su aplicación, siempre que se acreditaran las exigencias previstas en la ley y en el reglamento.

(iv) El trámite concluiría con el otorgamiento de un contrato de concesión sobre la mina o minas que venían siendo explotadas, siempre que para el efecto se llenaran todos los requisitos de fondo y de forma y el área solicitada se hallare libre para contratar. En este punto cabe destacar que la Ley 685 de 2001, como se deriva de lo expuesto, le otorgó a la celebración del citado negocio jurídico, la característica de ser el único título habilitante para el ejercicio de la explotación minera³⁶.

(v) A partir de la formulación de la solicitud y hasta su efectiva resolución, sin importar el sentido de la misma, se consagran las siguientes prerrogativas al interesado: (a) no es posible adelantar las medidas administrativas previstas en los artículos 161 y 306 del Código de Minas³⁷; y (ii) no se pueden proseguir las

³⁴ Así se resaltó en el Decreto 2390 de 2002, *“por el cual se reglamenta el artículo 165 del Código de Minas”*, al establecer que: *“(...) entiéndase como explotadores de minas de propiedad estatal sin título a las personas que, sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, llevan a cabo explotaciones de depósitos y/o yacimientos mineros, con anterioridad al 17 de agosto de 2001. (...)”*.

³⁵ Énfasis por fuera del texto original.

³⁶ El artículo 14 del Código de Minas dispone que: *“A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.”*, como excepciones se encuentran (i) la minería ocasional y (ii) el barequeo, regulados en los artículos 152 y 155 del decreto en cita.

³⁷ Puntualmente, las citadas normas establecen que: **“Artículo 161. Decomiso.** *Los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no se hallen amparados por factura o constancia de las minas de donde provengan. Si se comprobare la procedencia ilícita de los minerales se pondrán además a disposición de la autoridad penal que conozca de los hechos. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a la minería de barequeo.”* **“Artículo 306. Minería sin título.** *Los alcaldes procederán a suspender, en cualquier tiempo, de oficio o por aviso o queja de cualquier persona, la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Esta suspensión será indefinida y no se revocará sino cuando los*

acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 del mismo régimen normativo³⁸.

Como se observa se trata de un régimen eminentemente temporal, tanto en la posibilidad de acceder al mismo, como respecto de los beneficios que allí se consagran. Tal realidad implica preguntarse si el texto norma acusada sigue produciendo efectos jurídicos o si, por el contrario, sus mandatos ya fueron ejecutados, lo que conduce –como ya se expuso– a que este Tribunal se declare inhibido por carencia actual de objeto.

6.2.3. Con tal propósito en el auto admisorio de la demanda, en primer lugar, se preguntó si con posterioridad a la expedición del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, se profirió alguna reforma con el propósito de ampliar o prolongar el plazo dispuesto para acceder al proceso de formalización minera. Sobre el particular, en oficio del 9 de septiembre de 2015, la Agencia Nacional de Minería manifestó que: *“A la fecha no existe disposición reglamentaria o legal que haya ampliado ese término, razón por la cual, actualmente no resulta factible presentar solicitudes bajo dicho programa”*³⁹.

En segundo lugar, se solicitó que en caso de tratarse de un beneficio único y no prolongado en el tiempo, se precisara si todavía se encuentran en trámite procesos de legalización con base en el artículo 165 del Código de Minas. Con tal propósito, se pidió identificar el número de peticiones realizadas y, dado el caso, puntualizar cuántas de ellas se encuentran pendientes de definición. En el mismo oficio de la referencia, se especificó lo siguiente: *“(…) la autoridad minera se encuentra definiendo de fondo el trámite administrativo para 223 solicitudes provenientes del programa de legalización de minería de hecho, de un total de 3395 radicadas en virtud del mismo”*.

En tercer lugar, y mediante oficio del 24 de septiembre de 2015, en respuesta a un requerimiento realizado por esta Corporación, se señaló que las 223 solicitudes que se encuentran pendientes de resolución, de conformidad con lo previsto en la Ley 1753 de 2015, tienen un plazo máximo de dos (2) años para ser resueltas de fondo, contados desde el 9 de junio del año en cita. De este modo, el artículo 19 de la ley en cita establece que: *“La autoridad minera tendrá un plazo de dos (2) años contados a partir de la expedición de esta ley para resolver las solicitudes de legalización de minería de hecho (...) que actualmente están en curso.”*⁴⁰

explotadores presenten dicho título. La omisión por el alcalde de esta medida, después de recibido el aviso o queja, lo hará acreedor a sanción disciplinaria por falta grave.”

³⁸ Las normas en cita señalan que: **“Artículo 159. Exploración y explotación ilícita.** *La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.”* **“Artículo 160. Aprovechamiento ilícito.** *El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero. En estos casos el agente será penalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código Penal, exceptuando lo previsto en este Código para la minería de barequeo.”*

³⁹ Folio 26.

⁴⁰ Énfasis por fuera del texto original.

De conformidad con lo anterior, en el asunto bajo examen, se tiene que la norma acusada sigue produciendo efectos jurídicos, toda vez que mientras las solicitudes de legalización presentadas no hayan sido resueltas, se mantienen las prerrogativas cuestionadas en la demanda objeto de examen. Esta lógica se aplica para las 223 peticiones en trámite, respecto de las cuales la autoridad minera deberá definir su situación en un término que no supere el 9 de junio de 2017.

En conclusión, pese al carácter transitorio del precepto legal demandado, éste todavía produce consecuencias en derecho, y tiene una clara vocación de permanencia, lo que permite continuar con el estudio referente a la idoneidad de la acusación formulada.

6.3. Cuestión Previa. Examen sobre la aptitud de la demanda

6.3.1. La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal con la Constitución. Precisamente, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los siguientes requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad: (i) el señalamiento de las normas acusadas, bien sea a través de su transcripción literal o de la inclusión de un ejemplar de una publicación oficial de las mismas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) la exposición de las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando ello resultare aplicable, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual esta Corporación es competente para conocer de la demanda.

En lo referente a las razones de inconstitucionalidad, este Tribunal ha insistido en que el demandante tiene la carga de formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada⁴¹. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001⁴², esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Son *claras* cuando existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se soporta. Son *ciertas* cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una deducida por el actor o implícita. Son *específicas* cuando el actor expone las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental. Son *pertinentes* cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia. Y son *suficientes* cuando la acusación no sólo es formulada de manera completa sino que, además, es capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

⁴¹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

⁴² M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Así las cosas, antes de pronunciarse de fondo, la Corte debe verificar si el actor ha formulado materialmente un cargo, pues de no ser así existiría una ineptitud sustantiva de la demanda que, conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impediría un pronunciamiento de fondo y conduciría a una decisión inhibitoria, pues este Tribunal carece de competencia para adelantar de oficio el juicio de inconstitucionalidad. Sobre este punto, en la Sentencia C-447 de 1997⁴³, se sostuvo que:

“Si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte, y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal”.

Si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda se debe realizar en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia⁴⁴, teniendo en cuenta que en algunas ocasiones no es evidente el incumplimiento de las exigencias mínimas que permiten adelantar el juicio de inconstitucionalidad, lo que motiva un análisis con mayor detenimiento y profundidad por parte de la Sala Plena⁴⁵. Por lo demás, no sobra recordar que un fallo inhibitorio, lejos de afectar la garantía de acceso a la administración justicia (CP art. 229), constituye una herramienta idónea para preservar el derecho político y fundamental que tienen los ciudadanos de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución (CP arts. 40.6 y 241), al tiempo que evita que la presunción de constitucionalidad que acompaña al ordenamiento jurídico sea objeto de reproche a partir de argumentos que no suscitan una verdadera controversia constitucional. En estos casos, como se expuso en la Sentencia C-1298 de 2001⁴⁶, lo procedente es

⁴³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ Decreto 2067 de 1991, art. 6.

⁴⁵ Sobre el particular, la Corte ha dicho que: “[Si] bien el momento procesal ideal para pronunciarse sobre la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad es la etapa en la que se decide sobre la admisibilidad de la demanda, por resultar más acorde con la garantía de la expectativa que tienen los ciudadanos de recibir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas por ellos, esta decisión también puede adoptarse al momento de proferir un fallo, pues es en esta etapa procesal en la que la Corte analiza con mayor detenimiento y profundidad las acusaciones presentadas por los ciudadanos en las demandas de inconstitucionalidad”. Sentencia C-874 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias C-954 de 2007, C-623 de 2008, C-894 de 2009, C-055 de 2013 y C-281 de 2013. En esta última expresamente se expuso que: “Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (CP art. 241-4-5).”

⁴⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

“adoptar una decisión inhibitoria que no impide que los textos acusados puedan ser nuevamente objeto de estudio a partir de una demanda que satisfaga cabalmente las exigencias de ley”.

6.3.2. En el asunto *sub-judice*, como se indicó en el acápite de antecedentes, tres intervinientes solicitan que se profiera un fallo inhibitorio, por considerar que no se satisfacen las cargas de certeza, especificidad y pertinencia⁴⁷. El incumplimiento que se alega se formula de forma separada frente a cada uno de los cargos propuestos.

6.3.2.1. De esta manera, en relación con el cargo referente a la supuesta vulneración de los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP arts. 8, 79 y 80), por impedir la norma demandada que se efectúe el control administrativo y penal durante el proceso de legalización de las minas sin título, se sostiene que se presenta un incumplimiento de la *carga de certeza*.

Para comenzar es preciso enfatizar que mediante esta carga se exige que las razones que respaldan los cargos deben provenir de una proposición jurídica real y existente y no simplemente sobre una deducida por el actor. Sobre el particular, en la Sentencia C-1052 de 2001⁴⁸, se afirmó que: “el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto”.

Al examinar el contenido de la demanda, se observa que la acusación gira en torno a la falta de armonización de las prerrogativas consagradas en la norma acusada con los deberes de protección al medio ambiente que le asisten al Estado. Ello porque al impedir la posibilidad de hacer uso de las atribuciones consagradas en los artículos 159, 160, 161 y 306 del Código de Minas, se está renunciando a la posibilidad de aplicar medidas penales y administrativas en relación con actividades mineras que no cumplen con los mínimos necesarios para prevenir, mitigar, controlar o compensar los posibles efectos o impactos negativos que respecto del ambiente y de los recursos naturales, se generan como consecuencia del proyecto objeto de legalización. En general, se afirma que la norma favorece la producción minera en condiciones de precariedad en perjuicio del deber que se le impone al Estado de actuar con mayor cautela en la salvaguarda del ecosistema.

Para los intervinientes, la acusación planteada se origina en una interpretación aislada de la norma, en la que se considera que por el período de duración del proceso de legalización, la minería de hecho actúa sin control y sin tener que someterse a estándares de protección ambiental y de seguridad. Para el efecto, se hace referencia al siguiente aparte de la demanda, conforme al cual: “[en] la práctica, el proceso que exonera a quienes se encuentran en proceso [de legalización minera], terminó favoreciendo la informalidad (...) con la

⁴⁷ Intervenciones del Ministerio de Minas y Energía, de la Agencia Nacional de Minería y del Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia.

⁴⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

operación prolongada de una actividad al margen de las normas ambientales, laborales, de seguridad industrial y salud ocupacional”.

En criterio de la Sala Plena, aun cuando es claro que la demanda parte de un razonamiento más amplio respecto del tenor literal de la norma acusada, al plantear algunas de las dificultades que suele tener la minería ilegal, en aspectos sociales, económicos y ambientales, no deja de ser cierto, y así se deriva de la proposición jurídica prevista en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, que las prerrogativas que se cuestionan efectivamente suponen excluir la persecución penal frente a una conducta en su origen considerada como punible⁴⁹, y autorizan la suspensión de ciertas actividades administrativas a cargo de las autoridades locales⁵⁰. Ambas medidas aun cuando protegen la legalidad en la práctica de la actividad minera, también tienen implicaciones en lo que atañe a la conservación del medio ambiente, pues se supone que su ejercicio de forma regular tiene la virtualidad de aminorar los efectos que se generan sobre el ecosistema ante el desenvolvimiento de una labor esencialmente extractiva⁵¹. Por ello, más allá del marco general propuesto por el actor, se entiende que la acusación se funda en una proposición jurídica real y existente, al entender que el cargo apunta a determinar si el alcance de los beneficios expuestos supone volver “inoperante e ineficaz el compromiso del Estado que se deriva de los artículos 8, [79] y 80 de la Constitución”.

6.3.2.2. Por su parte, el segundo cargo se construye bajo la consideración de que se vulnera el deber del Estado de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, al disponer de la acción penal por fuera del principio de oportunidad, como única opción válida que –en criterio del accionante– permite suspender, interrumpir o renunciar a la investigación de los hechos delictivos, en los términos previstos en el artículo 250 del Texto Superior. Ello conduce al desconocimiento de la garantía del orden justo (CP art. 2), al consentir que, por falta de sanción, se produzcan lesiones al medio ambiente y a los recursos naturales.

Para los intervinientes, en el caso *sub-judice*, se presenta un incumplimiento de las cargas de pertinencia y especificidad, pues los argumentos son vagos, abstractos e imprecisos, al limitarse el actor a leer superficialmente la norma, sin tener en cuenta el ámbito de configuración normativa que en materia criminal le asiste al legislador y el carácter de *ultima ratio* que tiene la acción penal.

En lo atinente a la *carga de especificidad*, este Tribunal ha explicado que el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la

⁴⁹ Artículos 159 y 160 del Código de Minas, previamente citados, en los que se refiere a la exploración, explotación y aprovechamiento ilícito de yacimientos mineros.

⁵⁰ Artículos 161 y 306 del Código de Minas, en los que –como ya se dijo– se consagra la posibilidad del decomiso provisional y la suspensión de la explotación de minerales sin título inscrito.

⁵¹ En la Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, se dijo que: “Es un hecho evidente que la industria extractiva [al referirse a la actividad minera] produce una gran cantidad de desechos y desperdicios. El proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles deja forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas”.

disposición acusada y el Texto Superior, por lo que resulta inadmisibles que se deba resolver sobre su constitucionalidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos y globales”⁵² que no se relacionan concreta y directamente con las normas que se acusan. Aunado a lo anterior, frente a la *carga de pertinencia*, la Corte ha dicho que es indispensable que el reproche formulado por el accionante sea de carácter constitucional, de tal forma que el mismo se origine a partir de la comparación del contenido de una norma de la Constitución que se expone y se enfrenta en su totalidad al precepto legal demandado.

En el asunto bajo examen, este Tribunal no advierte que se esté en presencia de argumentos vagos o indeterminados, por el contrario, el juicio que el actor propone, a partir de lo previsto en la Constitución Política, busca determinar si el texto demandado supone una violación del deber del Estado de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, en el marco de una aparente renuncia y/o suspensión a la persecución penal, que resulta contradictoria con la regla prevista en el artículo 250 del Texto Superior, conforme a la cual, en criterio del actor, dichas decisiones dependen del ejercicio del principio de oportunidad, en los casos taxativamente señalados por el legislador.

Desde este punto de vista, se define con claridad la forma como el precepto legal cuestionado desconoce la Carta y ello supone un examen en el que lo relevante es el juicio de contradicción con los mandatos constitucionales que rigen la forma como se ejerce la política criminal por parte del Estado.

6.3.2.3. Por las razones expuestas, este Tribunal concluye que la demanda satisface los mínimos argumentativos requeridos por la Corte, más aún cuando la naturaleza participativa de la acción pública de inconstitucionalidad (CP art. 40), apunta a que el derecho a demandar del ciudadano, no se someta a un excesivo formalismo que haga inoperante su ejercicio y que, en mayor o menor medida, se convierta en un límite para la protección no sólo de los derechos y garantías de las personas, sino también de la efectiva protección de un sistema jurídico fundado en el valor normativo de la Constitución. Incluso el resto de intervenciones⁵³ y la Vista Fiscal, brindaron razones de fondo para impugnar o defender la norma sometida a control.

6.4. Del problema jurídico y del esquema de resolución

6.4.1. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer, en primer lugar, si el legislador vulneró los mandatos constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos

⁵² Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵³ Intervenciones de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de la Asociación Colombiana de Minería, de la Federación Colombiana de Municipios, de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, del Instituto de Estudios Interculturales (IEI) de la Universidad Javeriana de Cali y de los señores Edwin Buenhombre, Karen Rosero y Juan Laverde. Por lo demás, en las mismas intervenciones del Ministerio de Minas y Energía, de la Agencia Nacional de Minería y del Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia se brindan razones de fondo para impugnar o defender la constitucionalidad del precepto acusado.

naturales (CP arts. 8, 79 y 80), al imposibilitar el control administrativo y el ejercicio de la acción penal, en los términos de los artículos 159, 160, 161 y 306 del Código de Minas⁵⁴, respecto de los explotadores de yacimientos mineros de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, que se sometieron a más tardar el 31 de diciembre de 2004⁵⁵ al proceso de legalización consagrado en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, mientras dicha solicitud no sea resuelta por la autoridad competente, en la medida en que ello implica un supuesto desconocimiento de la labor de amparo que le asiste al Estado sobre el ecosistema.

En segundo lugar, en el mismo escenario previamente planteado, le compete a este Tribunal determinar, si la expresión *“ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160”* del Código de Minas, es contraria al deber del Estado de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, pues implica una supuesta renuncia y/o suspensión de la acción penal, que –en palabras del accionante– transgrede la regla de que dichas decisiones dependen en forma exclusiva del ejercicio del principio de oportunidad, conforme se dispone en el artículo 250 del Texto Superior. Lo anterior en un contexto en el que también se considera vulnerada la garantía del orden justo (CP art. 2), al permitir que, por falta de sanción, se produzcan lesiones al medio ambiente y a los recursos naturales.

6.4.2. Con miras a resolver los problemas planteados, la Corte inicialmente (i) se pronunciará sobre la protección constitucional del medio ambiente y de los recursos naturales, en especial, frente a los deberes de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y de imponer las sanciones legales respecto de los daños causados (CP art. 80); luego de lo cual (ii) reiterará la jurisprudencia sobre la facultad del legislador para definir las conductas que se consideran punibles (CP art. 150), con el propósito de imponer a la Fiscalía General de la Nación la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal (CP art. 250). Una vez hayan sido expuestos los anteriores elementos, (iii) se procederá a la definición del caso concreto.

6.5. De la protección constitucional del medio ambiente y de los recursos naturales

6.5.1. Atendiendo a la inquietud y necesidad mundial por la preservación y defensa de los ecosistemas⁵⁶, la Constitución Política de 1991 le otorgó al medio ambiente el carácter de interés superior, a través de un amplio catálogo de disposiciones que configuran la denominada *“Constitución Ecológica”*⁵⁷. El objetivo de este conjunto de mandatos es el de asegurar que, el ser humano,

⁵⁴ En estas normas, como se ha dicho, se hace referencia a la conducta punible de exploración, explotación y aprovechamiento ilícito de minas, y a las facultades administrativas de decomiso provisional y suspensión de la explotación de minerales sin título inscrito.

⁵⁵ Decreto 2390 de 2002, art. 2.

⁵⁶ Para la época cabe destacar (i) la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, (ii) la Carta Mundial de las Naciones Unidas de 1982 y (iii) el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. De igual manera, el Protocolo de San Salvador, en el artículo 11, ya disponía que: *“Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. // Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”*.

⁵⁷ Sentencia T-411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

como fundamento del ordenamiento constitucional, pueda vivir dentro de un entorno apto y adecuado que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas y con mayor calidad de vida⁵⁸.

El especial reconocimiento dado por el Texto Superior al medio ambiente, es aún más relevante, si se tiene en cuenta la diversidad de riquezas naturales, paisajes y fuentes de agua que existen en el país⁵⁹, lo que demanda bajo una lógica de corresponsabilidad universal⁶⁰, admitir que su protección está estrechamente vinculada con la salvaguarda del entorno vital del hombre, el cual resulta indispensable para asegurar su supervivencia y la de las generaciones futuras⁶¹.

No obstante, el amparo del medio ambiente no se somete en la Carta a una visión exclusivamente antropocéntrica, pues se entiende que como interés superior que va más allá de los bienes particulares de cada individuo, su defensa procede de forma directa y autónoma, más allá de que en general su garantía se convierte en un soporte de la vida humana. En este sentido, en la Sentencia C-339 de 2002⁶², se puso de presente que la Constitución aborda la cuestión ambiental a partir de un enfoque que involucra criterios éticos, económicos y jurídicos:

“Desde el *plano ético* se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el *plano económico*, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la Nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a

⁵⁸ En la Sentencia T-411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, a partir de una lectura axiológica y sistemática y finalista de la Carta, se manifestó que la Constitución Ecológica está integrada por las siguientes disposiciones: “*Preámbulo* (vida), *2º* (fines esenciales del Estado: proteger la vida), *8º* (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), *11* (inviolabilidad del derecho a la vida), *44* (derechos fundamentales de los niños), *49* (atención de la salud y del saneamiento ambiental), *58* (función ecológica de la propiedad), *66* (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), *67* (la educación para la protección del ambiente), *78* (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), *79* (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), *80* (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), *81* (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), *82* (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), *215* (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), *226* (internacionalización de las relaciones ecológicas), *268-7* (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), *277-4* (defensa del ambiente como función del Procurador), *282-5* (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), *289* (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), *300-2* (asambleas departamentales y medio ambiente), *301* (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), *310* (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), *313-9* (concejos municipales y patrimonio ecológico), *317* y *294* (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), *330-5* (concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), *331* (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), *332* (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), *333* (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), *334* (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), *339* (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), *340* (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación) [y] *366* (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).”

⁵⁹ MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico, 2010.

⁶⁰ Sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶¹ Sentencia C.671 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶² M.P. Jaime Araujo Rentería.

cargo del Estado (artículos 333 y 334). En el *plano jurídico* el derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales (arts. 67 inciso 2, 79, 88, 95 numeral 8).”⁶³

6.5.2. En cuanto a su categorización jurídica se ha entendido que el medio ambiente es un bien constitucional que se expresa como principio, derecho colectivo y derecho-deber, que brinda los presupuestos básicos a través de los cuales se reconcilian las relaciones del hombre y de la sociedad con la naturaleza, a partir del mandato específico que apela por su conservación y protección. Al respecto, en la Sentencia C-595 de 2010⁶⁴, se dijo que:

“La Constitución Ecológica lleva implícita el reconocimiento al medio ambiente de una triple dimensión: ‘de un lado, es un *principio* que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el *derecho* de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución Ecológica [se] derivan un conjunto de *obligaciones* impuestas a las autoridades y a los particulares.⁶⁵ Es más, en varias oportunidades⁶⁶, este Tribunal ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es de tal magnitud que implica para el Estado ‘unos deberes calificados de protección’ (...)”.

En su conceptualización como principio, según se deriva del artículo 8 de la Constitución⁶⁷, se le atribuye al Estado la obligación de conservar y proteger el medio ambiente, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación. Dentro de este contexto, y a partir de lo consagrado en el artículo 80 del Texto Superior, se entiende que las actividades económicas y sociales que tienen la potencialidad de generar un grave impacto al ecosistema, dentro de una lógica de armonización, deben hacerse compatibles a través de la realización del

⁶³ Esa relación entre el hombre y el ambiente, y la importancia que tiene la protección autónoma de este último, se destaca en la Sentencia C-666 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, al manifestar que: “[e]s claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas. (...)”

⁶⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁵ Ver las Sentencias T-411 de 1992, C-058 de 1994, C-519 de 1994, C-495 de 1996 y C-535 de 1996.

⁶⁶ Ver las Sentencias C-328 de 1995 y C-535 de 1996.

⁶⁷ “**Artículo 8.-** Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

concepto del desarrollo sostenible⁶⁸. Este último se ha descrito como aquel que permite por medio del ejercicio de los distintos derechos y libertades, entre ellas, la libertad económica, solventar los requerimientos del presente, “sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras (...) [para] satisfacer sus propias necesidades”.

Sobre el particular, y al hacer referencia a la compatibilidad que debe tener la actividad minera con la protección del medio ambiente, en la Sentencia C-123 de 2014⁶⁹, la Corte expuso que:

“La protección y promoción del ambiente no es un bien absoluto en nuestro ordenamiento constitucional, por lo que los mandatos derivados a partir de las disposiciones constitucionales deben ser interpretados en conjunto con otros principios y derechos protegidos por el ordenamiento constitucional, incluso cuando en un caso concreto parezcan contradictorios o incoherentes con la protección del ambiente. Un concepto que desarrolla este principio, y que se relaciona con el tema ahora analizado, es el de *desarrollo sostenible*, con el que se significa que las actividades que puedan tener consecuencias en el ambiente –verbigracia, actividades económicas– deben realizarse teniendo en cuenta los principios conservación, sustitución y restauración del ambiente. De esta forma se busca disminuir el impacto negativo que actividades también protegidas por la Constitución puedan generar en la flora y la fauna existente en el lugar en que las mismas tienen lugar; por esta razón la conservación de la biodiversidad resulta un objetivo esencial para la sociedad en general, siendo responsabilidad prioritaria de todas las instituciones del Estado armonizar su protección con los objetivos de crecimiento económico y desarrollo de la actividad minera.”⁷⁰

En lo que atañe a su reconocimiento como derecho, la Constitución clasifica al medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (CP art. 79), cuya vía de protección judicial directa es la acción popular (CP art. 88). Para esta Corporación, la citada categorización resulta importante si se advierte que “los derechos colectivos (...) se deben a toda la humanidad”⁷¹, la cual tiene “derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho”⁷². Sin embargo, cabe aclarar que también se ha admitido su carácter de derecho fundamental por conexidad, cuando de por medio se encuentra el deber de protección a la vida o a la salud como garantías individuales de las personas⁷³.

⁶⁸ “**Artículo 80.-** El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

⁶⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷⁰ Esta misma línea se encuentra en las Sentencias C-339 de 2002 y C-983 de 2010.

⁷¹ Sentencia C-401 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Desde la Sentencia T-092 de 1993, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, se ha dicho que: “El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá de decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por

Finalmente, en su connotación de derecho-deber⁷⁴, el medio ambiente aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo a los particulares y al Estado en obligaciones de prevención, protección y control de los factores de deterioro ambiental. Lo anterior se destaca no sólo en el ya mencionado artículo 8 de la Carta, sino también en los artículos 79, 80 y 95.8 del Texto Superior. En el primero, se le atribuye a la ley el deber de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo y se radica en cabeza del Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

En el segundo, se le encarga al Estado (i) planificar el manejo el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; (ii) igualmente se le asigna la obligación de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados; y como mandato final, (iii) se le impone el deber de cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas.

En el último de los preceptos en cita, al hacer referencia a los deberes de la persona y del ciudadano, se dispone que: “[*toda persona deberá*] *proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano*”.

6.5.3. Dentro de la lectura sistemática de la Carta, se observa que el Estado colombiano asume cuatro deberes primordiales respecto del medio ambiente: la prevención, la mitigación, la indemnización o reparación y la punición.

(i) El *deber de prevenir* los daños ambientales, entre otros, se contempla en los siguientes preceptos constitucionales: (a) en el mandato de evitar *factores de deterioro ambiental* (CP art. 80.2), esto es, adoptando de forma anticipada un conjunto de medidas o de políticas públicas que, a través de la planificación⁷⁵, cautelen o impidan el daño al ecosistema y a los recursos naturales⁷⁶; o que, en

ello en sentencias anteriores de tutela, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental”.

⁷⁴ Esta conceptualización también aparece en la Sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la que se manifestó que: “Se acepta al medio ambiente sano como un **derecho** del cual son titulares todas las personas, quienes a su vez se encuentran legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación. También como un **deber** que se le impone a todos y particularmente al Estado. (...) En suma, el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido cuya preservación debe procurarse no sólo a través de acciones aisladas del Estado, sino con la concurrencia de los individuos, la sociedad, la empresa y demás autoridades”.

⁷⁵ Así se resalta en el artículo 80, inciso 1, de la Constitución cuando se dispone que: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (...)” y se reitera en el artículo 339, cuando al hacer referencia al Plan Nacional de Desarrollo, se destaca que uno de sus componentes son las “*estrategias y orientaciones generales de la política (...) ambiental que serán adoptadas por el Gobierno*”.

⁷⁶ De manera concordante, el artículo 79, inciso 2, del Texto Superior establece que: “*Es deber del Estado (...) conservar las áreas de especial importancia ecológica*”. Sobre el particular, en la Sentencia C-035 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, se expuso que: “(...) la creación de las áreas de especial importancia ecológica persigue distintas finalidades, tales como: (i) asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos naturales para mantener la diversidad biológica; (ii) garantizar la oferta de bienes y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano; y (iii) garantizar la permanencia del medio natural, o de

caso de existir, permitir o habilitar algún impacto sobre los mismos, logren asegurar su aprovechamiento en condiciones congruentes y afines con el desarrollo sostenible⁷⁷. Este deber también se expresa en el (b) *fomento a la educación ambiental* (CP arts. 67 y 79) y en la garantía (c) a la *participación de la comunidad* en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente (CP art. 79).

(ii) El *deber de mitigar* los daños ambientales se manifiesta en el *control a los factores de deterioro ambiental* (CP art. 80.2), en términos concordantes con el artículo 334 del Texto Superior, el cual autoriza al Estado a intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, y en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de racionalizar la economía en aras de mejorar la calidad de vida de los habitantes, y lograr los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Por esta vía, por ejemplo, se destaca la existencia de los planes de manejo ambiental⁷⁸ y de las licencias ambientales⁷⁹, que en relación con actividades que pueden producir un deterioro al ecosistema o a los recursos naturales, consagran acciones para minimizar los impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad.

(iii) El *deber de indemnizar o reparar* los daños ambientales encuentra respaldo tanto en el principio general de responsabilidad del Estado (CP art. 90), como en el precepto constitucional que permite consagrar hipótesis de responsabilidad civil objetiva por los perjuicios ocasionados a los derechos colectivos (CP art. 88). Adicionalmente, el artículo 80 del Texto Superior le impone al Estado el deber de exigir la reparación de los daños causados al ambiente. Por esta vía, a manera de ejemplo, esta Corporación ha avalado la exequibilidad de medidas compensatorias, que lejos de tener un componente sancionatorio, buscan aminorar y restaurar el daño o impacto causado a los recursos naturales⁸⁰.

alguno de sus componentes, como fundamento para el mantenimiento de la diversidad cultural del país y de la valoración social de la naturaleza”.

⁷⁷ Al referirse a la actividad minera frente a la protección cautelar del ambiente, en la Sentencia C-123 de 2014, se destacó lo siguiente: “[l]as ‘explotaciones mineras por lo general se encuentran acompañadas de obras de infraestructura como tendidos de transmisión energética, accesos viales o ferroviarios, además de la abstracción de cantidades importantes de agua. Igualmente, puede impactar sobre los hábitos de la flora y fauna a través del ruido, polvo y las emanaciones provenientes de los procesos de molienda’, por lo que en estos casos resulta determinante la realización de un estudio de impacto ambiental, que determine las consecuencias que el desarrollo de actividades lícitas y, en algunas ocasiones, incluso promovidas por el ordenamiento constitucional tendrán en el ambiente, para que sea posible adoptar medidas que compaginen intereses que en principio parecen contrapuestos, de manera que no se desconozcan mandatos de naturaleza constitucional.”

⁷⁸ El artículo 2.2.2.3.1.1 del Decreto 1076 de 2015 contempla que: “[El Plan de Manejo Ambiental] es el conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental, están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados, que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia, y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad”.

⁷⁹ El artículo 50 de la Ley 99 de 1993 dispone que: “Se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.

⁸⁰ Sobre el particular se pueden consultar las Sentencias C-703 de 2010 y C-632 de 2011. En esta última se manifestó que: “(...) [En] lo que toca con nuestra legislación interna, las medidas compensatorias encuentran también un claro fundamento constitucional en el artículo 80 de la Carta, el cual le atribuye al Estado la obligación, no sólo de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, sino también, de imponer sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente. El concepto de reparación a que hace referencia la norma en cita tiene por supuesto una doble dimensión, en el sentido de que incluye, tanto la

(iv) Finalmente, el *deber de punición* frente a los daños ambientales se consagra igualmente en el artículo 80 de la Constitución, en el que se señala la posibilidad de imponer sanciones de acuerdo con la ley. De este precepto emana la potestad sancionatoria del Estado en materia ambiental, cuyo fin es el de garantizar la conservación, preservación, protección y uso sostenible del medio ambiente y de los recursos naturales. Esta atribución, como manifestación del *ius puniendi*, admite su ejercicio tanto por la vía del derecho administrativo sancionador (lo que incluye el derecho contravencional⁸¹ y el derecho correccional⁸²), como a través del derecho punitivo del Estado.

Se trata en esencia, de un poder de sanción, que lejos de ser discrecional es eminentemente reglado, sobre todo en lo que refiere a la garantía del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Incluso los pronunciamientos reiterados de la Corte han destacado que cualquier medida sancionatoria debe estar sujeta a los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, juez natural, inviolabilidad de la defensa y *non bis in ídem*.

6.5.4. Ahora bien, obsérvese cómo, si bien la Carta refiere a la existencia de cuatro deberes primordiales y de ellos es posible entender su naturaleza y alcance, no existe un desarrollo normativo completo sobre cada uno de ellos en la Constitución. Por el contrario, esta última delega de manera expresa al legislador, el señalamiento de las hipótesis o circunstancias bajo las cuales tendrían operancia, entendiendo que su activación se inscribe en la búsqueda de la correcta y adecuada gestión ambiental. En este sentido, a menos que se esté en presencia de un mandato imperativo del Texto Superior⁸³ o que la decisión adoptada implique una violación de los principios de razonabilidad o proporcionalidad, el Congreso estaría autorizado para definir las medidas que, respecto de cada actividad económica o social, el Estado podría implementar. Así, por ejemplo, en lugar de hacer énfasis en la mitigación del daño, podría darle preferente a los deberes de prevención y reparación, si observa que éstos dan una respuesta efectiva y suficiente en lo que atañe a la protección del ecosistema; o también podría acudir como última alternativa a la vía sancionatoria, si considera que con los deberes de prevención, mitigación y reparación se obtiene un amparo integral en lo que corresponde a la defensa de los recursos naturales.

En conclusión, cada medida debe responder a un objeto concreto y razonable, sin que por virtud de la Constitución se entienda que frente a cada una de las actividades que pueden tener un impacto sobre el ambiente, sea forzoso desarrollar atribuciones que respondan a cada uno de los deberes expuestos. En

reparación personal o humana, como la reparación ecosistémica, es decir, la dirigida a lograr la recuperación in natura del medio ambiente”.

⁸¹ Sentencia C-1112 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸² Se ha entendido que la potestad correccional hace referencia a la posibilidad de reprimir las infracciones en que incurrir los particulares por desconocer las obligaciones o restricciones impuestas por las leyes, en materias tales como el tránsito, el medio ambiente o las normas de higiene y seguridad. Véase, al respecto, la Sentencia C-632 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸³ “**Artículo 81.-** *Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. (...)”.*

cada caso concreto, tanto el legislador como el juez constitucional, podrán examinar si los medios adoptados son válidos y suficientes, en relación con el compromiso ineludible que tiene el Estado de proteger el entorno en el que vive y se desarrolla el hombre. En este orden de ideas, en la Sentencia C-632 de 2011⁸⁴, la Corte manifestó que:

“Si bien la Constitución establece el derecho al ambiente sano y radica en cabeza del Estado un conjunto de responsabilidades orientadas a su preservación, la misma no define de manera precisa las actividades que debe desarrollar las autoridades e instituciones públicas para el cabal cumplimiento de esas responsabilidades. De este modo, hay un amplio margen de configuración para que el legislador, de acuerdo con su apreciación, defina, por ejemplo, la estructura administrativa en materia ambiental, o las normas que deben regir la explotación de los recursos naturales, o la definición de las infracciones ambientales y el establecimiento de las sanciones imponibles, o, finalmente, el procedimiento aplicable, tanto en sede administrativa, como judicial, al trámite de las acciones sancionatorias o de reparación.”⁸⁵

Dentro de esta lógica, y en el ámbito del deber de sanción, el legislador también está autorizado para graduar su procedencia, atendiendo, por ejemplo, al nivel de lesión o de intensidad que tiene el comportamiento realizado frente a la integridad del bien jurídico objeto de protección, en este caso, el medio ambiente. Así, un examen de conveniencia y de oportunidad, cuya razonabilidad se ajuste a los parámetros de la Carta, puede preferir que en relación con una circunstancia puntual proceda de manera preferente la sanción administrativa, sin perjuicio de que otras hipótesis se reserven para la justicia penal, en esta última incluso cabe la distinción respecto del tipo que mejor se ajuste a los fines propios del derecho punitivo. Por lo demás, y como se verá más adelante, el derecho penal se somete al principio de necesidad, por lo que al amparo de la dignidad humana y de los pilares del Estado Social de Derecho, su intervención para la salvaguarda de los bienes jurídicos en que tenga interés la comunidad y el Estado debe operar como *ultima y extrema ratio*, es decir, en cuanto sea imperioso para reprimir o prevenir conductas inadmisibles dentro de la sociedad.

Esto nos lleva al siguiente escenario de análisis en esta providencia referente a la definición de la política criminal del Estado y al deber de la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal.

6.6. Sobre la facultad del legislador para definir las conductas que se consideran punibles y de la obligación de la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal

6.6.1. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, es el legislador quien por excelencia tiene la competencia para definir la política criminal del

⁸⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁵ Énfasis por fuera del texto original.

Estado⁸⁶, como una manifestación del principio democrático y de la soberanía popular (CP art. 1 y 3), en la que se entiende que son los representantes del pueblo en el Congreso de la República, quienes deben adoptar –entre otras– las decisiones referentes a (i) tipificar las hipótesis de comportamiento que ameritan sanción y reproche punitivo⁸⁷; (ii) seleccionar tanto los bienes jurídicos, como los instrumentos a través de los cuales se hace efectiva su protección⁸⁸; (iii) consagrar las circunstancias en las que cabe la privación de la libertad de las personas⁸⁹; (iv) disponer la forma como se hace efectiva la persecución de las distintas modalidades de delincuencia⁹⁰; y (v) desarrollar las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso⁹¹.

En este orden de ideas, nótese cómo en un Estado democrático de derecho se considera que la definición de aquellos comportamientos que deben ser entendidos como infracciones penales corresponde al legislador. En efecto, dada su condición de órgano de representación popular es en su interior y mediante el desarrollo de un proceso de formación legislativa, en donde se construyen y promulgan las normas que regulan la conducta de los habitantes y se disponen aquellas actuaciones que tienen la entidad de comprometer la realización del derecho a la libertad personal. Es por ello que, más allá de la cláusula general de competencia que tiene el Congreso para expedir leyes, a la cual se refiere los artículos 114 y 150 del Texto Superior, su participación obligatoria en la fijación de los actos u omisiones de mayor importancia que afectan a la sociedad, aparece en el artículo 28 de la Carta, al establecer el *principio de reserva legal en materia punitiva*. Al respecto, la norma en cita dispone que: “*Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*”⁹².

Ahora bien, en todo caso, como lo ha resaltado esta Corporación, la potestad de configuración de los delitos y de las penas no es absoluta e ilimitada, pues siendo el derecho penal *extrema y ultima ratio*, en atención al nivel de afectación que produce respecto de los derechos fundamentales, es claro que el legislador no puede consagrar como delito cualquier conducta, ni fijar de forma injustificada un sistema de penas, pues la tipificación penal debe estar precedida de un *juicio de antijuridicidad*, sobre las actuaciones que desbordan el respeto a los derechos humanos y afectan valores constitucionales “que han sido reconocidos como preponderantes en un contexto determinado y que, por tanto, deben ser protegidos mediante el poder punitivo estatal. Es decir, el legislador sólo puede reprochar penalmente conductas que vulneren bienes jurídicos suficientemente relevantes”⁹³, y que no son controlables mediante otros

⁸⁶ Sentencias C-070 de 1996, C-592 de 1998, C-551 de 2001, C-420 de 2002, C-034 de 2005, C-636 de 2009, C-334 de 2013 y C-368 de 2014.

⁸⁷ CP art. 28.

⁸⁸ CP art. 28.

⁸⁹ CP arts. 28, 32 y 250.

⁹⁰ CP art. 250.

⁹¹ CP arts. 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 250.

⁹² Énfasis por fuera del texto original.

⁹³ Sentencia C-368 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

instrumentos de intervención estatal menos lesivos para los derechos de las personas⁹⁴. Pero, al mismo tiempo, el legislador tampoco podría dejar de penalizar ciertas conductas que envuelven la comisión de atentados graves contra la humanidad y los valores en que se funda el sistema democrático, como ocurre con la tortura, el genocidio, la desaparición forzada, etc.⁹⁵

6.6.2. De esta manera, si bien se le otorga al legislador un principio básico de autonomía para valorar los bienes jurídicos que deben ser protegidos, crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas y graduar las penas aplicables, todo de acuerdo con su apreciación, análisis y ponderación sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar a la sociedad, no es menos cierto que el desenvolvimiento de esta atribución se encuentra sujeta a ciertos límites que subyacen a los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución⁹⁶. Entre ellos, y para efectos de esta sentencia, se destacan los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de necesidad y de razonabilidad y proporcionalidad⁹⁷.

6.6.2.1. El *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* ha sido entendido por esta Corporación como la garantía de que el derecho penal efectivamente protege valores esenciales de la sociedad⁹⁸. Para este Tribunal, la sanción punitiva de un comportamiento parte de la base de identificar cuáles son en realidad los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el nivel de gravedad del daño que dé lugar a la aplicación del *ius puniendi* y el *quantum* de la pena que debe aplicarse. En este contexto, la opción de criminalizar una acción u omisión implica que el Congreso de la República ha considerado que “para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal (CP art. 28). Sin embargo, en el Estado Social de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de

⁹⁴ En la Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se manifestó que: “[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial –como los servidores públicos– o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”

⁹⁵ Sentencia C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁶ En el mismo sentido, en la Sentencia C-420 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se expuso que: “(...) el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.”

⁹⁷ Además de los mencionados, la Corte ha resaltado el principio de culpabilidad y los deberes de estricta legalidad y de aplicación de las convenciones internacionales de derechos humanos.

⁹⁸ Sentencia C-334 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

un bien jurídico, mediante un comporta-miento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estricta-mente necesaria”⁹⁹.

Este escenario supone entonces que el elemento común que describe a cualquier sistema de imputación penal es el contenido de injusticia que se le atribuye a la conducta punible, o en otras palabras, su *antijuridicidad*. Ella ha sido entendida no sólo como la existencia de una prohibición o mandato contenido en la ley penal que califica a un determinado comportamiento como delito (*antijuridicidad formal*), sino también como la necesidad de que la agresión realizada suponga una afectación de un bien jurídico que impacte en los derechos de los otros o en la posibilidad de realizar algunos de los valores o principios que emanan de la Carta (*antijuridicidad material*)¹⁰⁰.

Ahora bien, la antijuridicidad es susceptible de valoración por el legislador, en cuanto a la respuesta que se debe brindar por el derecho penal. Así, por ejemplo, cuando el daño social es de menor entidad, la conducta puede ser sancionada a través de las contravenciones y no de los delitos¹⁰¹. Por lo demás, y dentro del ámbito de configuración, el legislador puede excluir el deber de imponer una pena o incluso de adelantar un procedimiento para verificar la ocurrencia de un acto ilícito, a pesar del carácter antijurídico que pueda tener un comportamiento, cuando se disminuye el impacto del daño causado o se repara el perjuicio en que se haya incurrido, tal como ocurre con el estado de necesidad, la legítima defensa o la retractación o rectificación en el ámbito de los delitos contra la integridad moral. Finalmente, también es posible que pese a la vocación general de un delito, en ciertos casos se excluya la responsabilidad o punibilidad del mismo frente a algunos sujetos o respecto de determinados hechos, cuando de por medio surge la necesidad de lograr la satisfacción de otros derechos, valores o principios constitucionales, acorde con los mandatos que se derivan de los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰². Lo anterior, bajo la

⁹⁹ Sentencia C-387 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁰ Precisamente, la Corte se ha pronunciado sobre la materia en los siguientes términos: “(...) *el concepto de antijuridicidad no ha sido siempre el mismo. Durante mucho tiempo se creyó que el contenido de injusticia del delito se determinaba sólo por la relación de contradicción existente entre la prohibición o el mandato contenido en la norma penal y la conducta del autor o partícipe. Eran los tiempos de apogeo del positivismo formalista, tiempos en los que se creía que el ámbito de racionalidad de los delitos y de las penas estaba determinado por el tenor literal de la ley. No cabe duda que un tal sistema de imputación penal se ajustaba a la racionalidad propia del Estado legal de derecho: Una conducta era delito por el sólo hecho de que la ley la calificara como tal. // Pero el tiempo se encargó de develar la insuficiencia de esa concepción del injusto penal pues se presentaban muchos supuestos en los que, pese a concurrir esa relación de contradicción entre el mandato normativo y la conducta, ésta estaba desprovista de contenido alguno de injusticia. Entonces se cayó en cuenta que el delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistía en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la afcción de derechos ajenos. De esta manera, el delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal de la ley no definía ya el delito pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afcción de derechos ajenos.// (...) [Ahora bien] la tipificación de conductas penales constituy[e] un límite al libre desarrollo de la personalidad impuesto por el ordenamiento jurídico. No obstante, tal límite sólo será legítimo si las conductas tipificadas son susceptibles de vulnerar o poner en peligro los derechos de los demás. Si ello no ocurre, a la sombra de la penalización de conductas se encontrarán delirios autoritarios.” Sentencia C-420 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.*

¹⁰¹ Ley 599 de 2000, art. 19.

¹⁰² Tal es el caso de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto, en el que esta Corporación consideró que no se incurre en dicho delito, cuando “*con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debida-mente denunciada,*

advertencia previamente señalada de que no podría dejar de penalizar ciertas conductas que envuelven la comisión de atentados graves contra la humanidad, como ha sido resaltado por la Corte a través del deber constitucional de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones a los derechos humanos¹⁰³.

6.6.2.2. El *principio de necesidad* se relaciona con el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal. Para la Corte, la decisión de sancionar por esta vía, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir una actuación que afecta los intereses esenciales de la sociedad. En este contexto, se ha dicho que el derecho penal “se enmarca en el *principio de mínimo intervención*, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal [sólo] debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer.”¹⁰⁴ De allí que el derecho penal sea considerado como la *ultima ratio* del derecho sancionatorio.

En la misma línea de lo expuesto, en la Sentencia C-804 de 2003 se manifestó que:

“La Corte considera oportuno en primer lugar advertir que no es cierto lo que plantea el actor en el sentido de que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del *principio de intervención mínima* la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (*ultima ratio*) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que:

‘i) El derecho penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del derecho penal.

ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la

constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

¹⁰³ Sentencias C-578 de 2002, C-936 de 2010 y C-715 de 2012.

¹⁰⁴ Sentencia C-387 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.¹⁰⁵

Ello permite señalar el carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, *su carácter fragmentario*, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos.¹⁰⁶

En virtud de la aplicación de este principio es claro que debe entenderse que cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con medidas menos radicales que el uso de la pena derivada del derecho criminal, debe acudirse o preferirse las alternativas no represivas o, si es del caso, aplicar las fórmulas que ofrece el derecho administrativo sancionador.

Precisamente, la Corte ha admitido que el legislador puede, como efecto de este principio, “optar por prescindir de la protección penal cuando considere que basta con los mecanismos previstos en otros ordenamientos, como v.gr. la nulidad de los actos jurídicos o la indemnización de perjuicios en el derecho civil o la responsabilidad patrimonial y disciplinaria en el derecho administrativo. O puede atenuar las medidas de protección penal, restringiendo el ámbito del tipo penal, o reduciendo el *quantum* de la pena, o, en fin, excluir la responsabilidad o la punibilidad. Y todo dentro de la valoración, también, de la medida en que se estima vulnerado el bien jurídico protegido”¹⁰⁷.

En este sentido, el derecho penal deber ser un instrumento de *ultima ratio* para garantizar la convivencia pacífica de los asociados, previa evaluación de la gravedad del comportamiento y del impacto frente al bien jurídico comprometido, y de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en una sociedad en un momento determinado¹⁰⁸.

6.6.2.3. Por último, los *principios de razonabilidad y proporcionalidad* en materia penal conducen a ponderar las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales de las personas, y con los valores y principios que emanan de la Carta. De forma concreta, en la Sentencia C-368 de 2014¹⁰⁹, se expuso que:

“La sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva implica que el reproche penal se realice sobre conductas que vulneran efectivamente bienes jurídicos de suficiente relevancia y cuando para cumplir los deberes de respeto, garantía y protección no existe otra alternativa que acudir a penalizarlos como forma de control social.

¹⁰⁵ Sentencia C-356 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁶ M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁷ Sentencia C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁸ Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

De esta manera la racionalidad y proporcionalidad que enmarcan el ejercicio de la potestad de configuración del legislador, sirven de garantía de las libertades que consagra el ordenamiento constitucional, pues permite controlar que el ejercicio del poder punitivo se desborde y sea utilizado para fines distintos a la preservación del orden público y social y la convivencia pacífica, se sancionen conductas irrelevantes o se fijen consecuencias punitivas que no correspondan con la entidad del bien jurídico que se busca proteger con el tipo penal.

En virtud de estos principios en las normas penales sustantivas debe existir una relación de proporcionalidad y necesidad entre la conducta censurada, la forma en que se penaliza, la finalidad de prevención especial y general, y de represión que persigue la tipificación y la consecuencia punible de su realización, de modo que guarde una relación de equivalencia con la gravedad del comportamiento.”

En conclusión, aun cuando es amplio el margen de libertad de configuración de legislador en materia penal, su ejercicio se debe canalizar a través de varios principios que buscan realizar valores superiores y dotar de contenido a un sistema que debe tener una clara visión humanista. Por ello, si bien al juez constitucional no le es posible cuestionar la conveniencia o no de una política o decisión punitiva, si debe asegurarse de que por medio se encuentre un verdadero daño frente a un bien jurídico esencial para la sociedad, que la tipificación responda al carácter subsidiario y de *ultima y extrema ratio* del derecho penal, y que ello obre dentro de la operatividad de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

6.6.3. Dentro del escenario previamente expuesto, y en virtud del Acto Legislativo 03 de 2002, el Constituyente introdujo los rasgos estructurales del proceso penal, destacando el papel y las funciones de sus diversos actores, entre ellos, la Fiscalía, los jueces penales y las víctimas. En este sentido, el artículo 250 de la Carta señaló que le corresponde a la Fiscalía adelantar el ejercicio de la acción penal y llevar a cabo la investigación de aquellas conductas que tuviesen la connotación de delitos, además, precisó que, por razón de ese deber, no podía “*suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado (...)*”. De la disposición en mención se derivan dos importantes supuestos jurídicos.

(i) El primero conforme al cual se le atribuye a la Fiscalía General de la Nación, de forma concreta y de manera exclusiva, el deber de perseguir el delito, esto es, de todos aquellos comportamientos que se inscriben en el ámbito penal. Al respecto, en la Sentencia C-879 de 2008¹¹⁰, este Tribunal declaró la inexecutable de la Ley 1153 de 2007, “*por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal*”. El asunto objeto de debate consistía en precisar si se respetaba o no la facultad de perseguir el delito por parte de la Fiscalía, cuando el legislador atribuía dicha competencia respecto

¹¹⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de algunas conductas penales a otras autoridades. Sobre el particular, se dijo que:

“(…) Mientras una conducta sea materialmente delictual, el legislador debe respetar las competencias de la Fiscalía General de la Nación. A pesar de que las conductas definidas como pequeñas causas continúan siendo materia penal[,] y tratadas como delitos, y que su sanción puede dar lugar a la privación de la libertad, la Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para la investigación de los hechos.”

Como se puede apreciar, la inconstitucionalidad de la citada ley se derivó del traslado de competencias que se realizó por el legislador, ya que se le otorgó a una autoridad distinta de la Fiscalía la competencia para investigar e impulsar el ejercicio de una acción en torno a conductas calificadas como penales. En tal virtud, nótese cómo la operatividad del citado mandato –como *conditio sine qua non*– se sujeta a que exista un comportamiento que sea reprochable como delito. Esto significa que, si por alguna razón, el legislador prescindió de la protección penal en lo que atañe a un bien jurídico, o excluyó la responsabilidad o punibilidad del mismo frente a algunos sujetos o respecto de determinado hechos, no le es exigible a la Fiscalía General de la Nación la obligación de persecución, pues, como expresamente se señala en el artículo 250 del Texto Superior, ella se activa de manera exclusiva respecto de los “*hechos que revistan las características de un delito*”.

Por ello, en tal evento, no cabe entrar a examinar si se dispuso de la acción por fuera del principio de oportunidad, ya que la exclusión en la participación del órgano investigador, se deriva de una calificación previa realizada por el legislador sobre el carácter no punible de un comportamiento.

(ii) Ahora bien, y siguiendo lo expuesto, el segundo mandato jurídico que se deriva del artículo 250 de la Carta tiene relación con el alcance de esta última figura procesal. Al respecto, como se ha mencionado, en ejercicio de sus competencias ordinarias, a la Fiscalía se le encomienda el adelantamiento de las investigaciones penales y, en el curso de las mismas, la formulación de las imputaciones y acusaciones respectivas ante los funcionarios judiciales. De ahí que, dado su compromiso constitucional, en principio, dicha autoridad no puede suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal.

No obstante, y dentro de la lógica del derecho reglado, en ejercicio de lo que se ha denominado principio de oportunidad, se le otorga al fiscal la facultad de abstenerse de adelantar la acción penal o de continuar o suspender la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, en los casos expresamente señalados por el legislador. Tal facultad ha sido entendida como la excepción a la obligación constitucional de adelantar el ejercicio de la acción penal.

Como se expuso en la Sentencia C-738 de 2008¹¹¹, la renuncia o suspensión de la acción penal puede presentarse en diversas formas, en distintos grados, y respecto de ciertas personas vinculadas con la comisión de un hecho delictivo, lo que importa resaltar es que el fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal, por ejemplo, con miras a reducir la carga de la justicia ante causas que no implican un riesgo social significativo, para facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, o para centralizar las investigaciones en casos de mayor entidad jurídica, etc.¹¹²

No obstante lo anterior, y como se dispuso en la Sentencia C-635 de 2014¹¹³, el artículo 250 de la Carta debe armonizarse con otros preceptos del mismo rango, en especial con los artículos 6, 29 y 150 de la Constitución. El primero le otorga al legislador la facultad de consagrar las exclusiones de responsabilidad en torno a los deberes, compromisos y obligaciones impuestas a un cargo¹¹⁴. El segundo autoriza al Congreso de la República para desarrollar la forma como operan las prescripciones que integran el debido proceso, incluido el proceso penal¹¹⁵. Y, el tercero, que corresponde al principio básico de autonomía legislativa, en el que se admite la posibilidad de disponer la forma como se hace efectiva la persecución de las distintas modalidades de delincuencia.

En virtud de estos preceptos, y sin desconocer el alcance del artículo 250 de la Constitución, el legislador puede consagrar circunstancias distintas que lleven a la suspensión o terminación de la acción penal, sin que por ello se entienda vulnerado el deber de Fiscalía de perseguir el delito. Lo anterior fue objeto de examen en la citada Sentencia C-635 de 2014¹¹⁶, en la cual se demandó la posibilidad de ponerle fin al proceso penal por la retractación o rectificación del imputado frente a los delitos contra la integridad moral¹¹⁷. Para este Tribunal, en el asunto de la referencia, era claro que una interpretación armónica de las

¹¹¹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹² Otros fines se destacan en las Sentencias C-979 de 2005 y C-095 de 2007, en las que se mencionan que esta institución busca disminuir las consecuencias negativas de las sanciones privativas de la libertad de corta duración, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles.

¹¹³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹⁴ *“Artículo 6.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

¹¹⁵ *“Artículo 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

¹¹⁶ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹⁷ Una de las normas acusadas en dicha oportunidad dispone que: *“Artículo 225. Retractación. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos. // No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.”* Los apartes subrayados corresponden a los que fueron objeto de acusación.

disposiciones previamente reseñadas, le otorgan al legislador la facultad de disponer del ejercicio de la acción penal, por fuera del ámbito exclusivo del principio de oportunidad, cuya operancia se limita a las hipótesis (i) en las que exista un delito, (ii) no se observen causales distintas que lleven a la cesación o suspensión de la persecución penal y (iii) siempre que el legislador haya autorizado su uso. Textualmente, en la sentencia en comento, se expuso que:

“Para la Sala, el artículo 250 de la Carta debe armonizarse con otros preceptos del mismo rango y, por ende, cuando el legislador sin desconocer la Constitución, expide disposiciones que impliquen, por ejemplo, suspender o interrumpir la persecución penal, el Ente Acusador, al aplicarlas, no estará desatendiendo injustificadamente su obligación de seguimiento al delito. En su jurisprudencia, la Corte encontró constitucional la consagración de la retractación y la rectificación para los delitos contra la integridad moral, consecuentemente, cuando la Fiscalía se inhibe de continuar con la investigación por el empleo de estas figuras, lo hace por virtud de una ley que no riñe con la Constitución. Si los enunciados legales que se expiden para afectar la persecución del delito, riñen con la Carta, otras deberán ser las conclusiones.

Entender que bajo ninguna circunstancia resulta posible suspender, interrumpir o extinguir la acción penal, por cuanto ello supone infringir el mandato contenido en el artículo 250 como un imperativo absoluto, no compaginable con la restante preceptiva que conforma el ordenamiento constitucional, en términos prácticos, significaría la obligatoriedad de prosecución del proceso penal en casos como el del fallecimiento de los procesados, o la despenalización de las conductas, lo cual, en este último ejemplo, dista de lo mandado por la Carta a propósito del principio de favorabilidad en materia penal. En suma, no cabe una lectura que dé pie a privar de efectividad otros mandatos constitucionales en favor del precitado artículo 250.

Para la Sala, lo que acontece en situaciones como la de la retractación o la rectificación, a propósito de la imposibilidad de adelantar la acción penal, es que cesa en estos casos, la obligación impuesta por el constituyente a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 Superior.

Con estas razones, estima la Corte, debe desecharse la censura formulada contra el artículo 225 del Código Penal, por supuesta infracción del artículo 250 de la Constitución, dentro del presente proceso de constitucionalidad.”¹¹⁸

En este orden de ideas, es claro que el artículo 250 del Texto Superior tiene como único destinatario a la Fiscalía General de la Nación y no al legislador. En efecto, lejos de establecer restricciones al desarrollo del principio básico de

¹¹⁸ Énfasis por fuera del texto original.

autonomía legislativa, lo que se regula es la posibilidad del titular de la acción penal de hacer uso del principio de oportunidad. Por ello, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 6, 29 y 150 de la Carta, el Congreso no sólo está autorizado para prever que algunos delitos no sean objeto de sanción en casos puntuales, sino que también puede consagrar otros instrumentos que conduzcan a la cesación o suspensión de la persecución penal. Estos últimos, en todo caso, deben respetar los límites de la actividad normativa del legislador, en especial los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por ello, como ya se dijo, la Fiscalía tiene la obligación de investigar y promover la judicialización de los hechos que revistan las características de un delito, siempre que el legislador no haya excluido su punibilidad frente a algunos sujetos o respecto de determinados hechos; y además no existan otras causas legales que impidan el desenvolvimiento de la acción punitiva del Estado. Tan sólo una vez se hayan acreditado estas exigencias, y siempre que exista una hipótesis legal que así lo permita, se puede recurrir al uso del principio de oportunidad.

A partir de los elementos descritos, este Tribunal procederá al examen del caso concreto.

6.7. Del examen del caso concreto

Antes de proceder con el análisis y estudio del asunto *sub-judice*, la Corte estima necesario realizar un acercamiento a la formalización de la minería, como propósito general que subyace en el artículo 165 del Código de Minas; así como al contenido normativo del precepto legal demandado, a partir de su contextualización en el derecho viviente.

6.7.1. De la formalización de la minería en Colombia

6.7.1.1. El artículo 332 de la Constitución prevé que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. Por su parte, el artículo 334 de la Carta, señala que el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, entre otras, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Finalmente, el artículo 360 del Texto Superior, le otorga al legislador la atribución de determinar “*las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables*”.

Como consecuencia de estos mandatos, el legislador tiene una amplia facultad de configuración normativa¹¹⁹, con el fin de precisar las condiciones en que cabe la explotación de los recursos naturales no renovables, entre ellos, los derivados de la actividad minera sobre yacimientos de propiedad estatal¹²⁰.

¹¹⁹ Sentencia C-983 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²⁰ El artículo 10 de la Ley 685 de 2001 define a la mina como “*el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útil y aprovechable económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo*”.

Precisamente, con el propósito de regularizar la explotación de estos recursos y de asegurar una planeación estratégica en su uso, la Ley 685 de 2001 exigió un único título minero para declarar y probar el derecho a explorar y explotar las minas de propiedad estatal, consistente en la celebración de un contrato de concesión¹²¹, previo cumplimiento de los requisitos de capacidad e idoneidad del oferente, y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos ambientales¹²² y de las leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la Nación¹²³.

La existencia o no del título de explotación minera condujo a distinguir las actividades que se derivan de su desarrollo entre la minería legal y la minería ilegal. Lo anterior surge de lo previsto en el artículo 159 de la Ley 685 de 2001, en el que se establece que existe una explotación o explotación ilícita de yacimientos mineros, *“cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o de captación de minerales de propiedad nacional (...), sin el correspondiente título minero vigente (...)”*. Como excepciones a este último se consagran dos manifestaciones en la ley, la primera es la *minería ocasional* realizada por los propietarios de las superficies, en pequeñas cantidades y por medios manuales¹²⁴; y la segunda, es el *barequeo*, que consiste en el lavado de las arenas por medios manuales, sin maquinaria y con el objeto de separar y recoger metales preciosos¹²⁵.

Por fuera de esta clasificación se entiende que toda actividad minera sin título inscrito en el Registro Minero Nacional es ilegal¹²⁶ y, por ende, susceptible de las medidas que el ordenamiento jurídico prevé para asegurar que la exploración y explotación se ajusten a los parámetros consagrados en la ley.

La importancia de combatir la minería ilegal se encuentra en los efectos negativos que produce en el ámbito económico, social y ambiental. En cuanto al *componente económico*, porque al ser la minería una actividad que impacta de

Por su parte, en el Glosario Técnico Minero expedido a través del Decreto 2191 de 2003, se establece que la minería es la *“ciencia, técnicas y actividades que tienen que ver con el descubrimiento y la explotación de yacimientos minerales. Estrictamente hablando, el término se relaciona con los trabajos subterráneos encaminados al arranque y al tratamiento de una mena o la roca asociada. En la práctica, el término incluye las operaciones a cielo abierto, canteras, dragado aluvial y operaciones combinadas que incluyen el tratamiento y la transformación bajo tierra o en superficie. (...)”*.

¹²¹ Código de Minas, art. 14.

¹²² Código de Minas, art. 4.

¹²³ Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹²⁴ **“Artículo 152. Extracción ocasional.** La extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado. Esta explotación ocasional solamente podrá tener como destino el consumo de los mismos propietarios, en obras y reparaciones de sus viviendas e instalaciones, previa autorización del dueño del predio. Todo otro destino industrial o comercial que le den a los minerales extraídos, al amparo de este artículo, les está prohibido. // En uso de la autorización contemplada en el presente artículo, los propietarios están obligados a conservar, reparar, mitigar y sustituir los efectos ambientales negativos que puedan causar y a la readecuación del terreno explotado.”

¹²⁵ **“Artículo 155. Barequeo.** El barequeo, como actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales, será permitida, con las restricciones que se señalan en los artículos siguientes. Se entiende que esta actividad se contrae al lavado de arenas por medios manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas. Igualmente, será permitida la recolección de piedras preciosas y semipreciosas por medios similares a los que se refiere el presente artículo.”

¹²⁶ Código de Minas, art. 14.

forma irremediable en el medio ambiente¹²⁷, lo que justifica su control por parte del Estado, cuando la misma se realiza por fuera del derecho, conduce a que ese deber de supervisión no sea efectivo y, por ende, a que no exista la posibilidad de garantizar el equilibrio entre el desarrollo económico y el uso razonable de la oferta ambiental. Esta circunstancia perjudica la planeación macroeconómica y las posibilidades de crecimiento del Estado. Por otra parte, la ilegalidad disminuye las rentas fiscales y afecta la generación de regalías¹²⁸, como recursos que se destinan para financiar proyectos de desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la población¹²⁹.

En el *ámbito social* la informalidad minera evita el control efectivo sobre las condiciones laborales en las que se lleva a cabo la explotación de las minas (v.gr., mediante la proscripción del trabajo infantil¹³⁰), y niega la posibilidad de verificar el contexto de seguridad en el que se desenvuelve su práctica, por ejemplo, en lo referente al uso de maquinaria y de medidas de prevención y seguridad en las labores mineras¹³¹.

Por último, en el *campo ambiental*, la minería ilegal como actividad carente de control ha estado ligada a fenómenos como la erosión del suelo, la liberación de sustancias tóxicas (v.gr. el cianuro y mercurio), el manejo inadecuado de fuentes de agua y la producción de polvo y ruido por encima de los niveles permitidos. Lo más grave es que su actuación por fuera de la intervención del Estado impide tomar medidas que mitiguen, compensen o corrijan los efectos generados, como ocurre con los sistemas de planificación ambiental ideados en el ordenamiento jurídico¹³².

6.7.1.2. Dentro del esquema expuesto y teniendo en cuenta las consecuencias negativas que se generan, es preciso advertir que por vía reglamentaria, de derecho internacional y jurisprudencial, se ha venido haciendo referencia a una subclasificación de la minería ilegal. Particularmente, esta distinción puede agruparse en la *minería ilícita* frente a la *minería de hecho* (también denominada *minera informal*). En la primera se encuentra aquella que se asocia con el patrocinio de actividades ilícitas, como lo es, por ejemplo, la realizada por los grupos armados ilegales o las bandas criminales, que utilizan este negocio como un medio de financiación de sus actividades¹³³. Por el contrario, en la segunda,

¹²⁷ Como previamente se mencionó, esta realidad fue advertida por este Tribunal en la Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, al sostener que: “*Es un hecho evidente que la industria extractiva produce una gran cantidad de desechos y desperdicios. El proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles deja forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisajes y los suelos agrícolas*”.

¹²⁸ CP arts. 360 y 361.

¹²⁹ Para la precisión de estos efectos se tuvieron en cuenta los siguientes documentos: (i) MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Política Nacional para la Formalización de la Minería en Colombia, 2014; (ii) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La minería de hecho en Colombia, 2010; y (iii) PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Minería ilegal en Colombia, informe preventivo.

¹³⁰ La Resolución 01677 de 2008 del Ministerio de la Protección Social prohíbe el trabajo de los menores de 18 años en la explotación de minas y canteras.

¹³¹ Decreto 035 de 1994.

¹³² Las licencias ambientales o los planes de manejo ambiental.

¹³³ Así lo destacó esta Corporación en el Auto 004 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, al señalar que: “(...) *estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores*”.

se estaría en presencia de aquella minería de pequeña escala, generalmente tradicional, artesanal o de subsistencia¹³⁴, que se desarrolla en las zonas rurales del país, como una alternativa económica frente a la pobreza y como una forma de obtención de recursos económicos, que permite asegurar la satisfacción del mínimo vital de familias que por tradición se han ocupado del oficio minero como herramienta de trabajo¹³⁵.

El principal elemento distintivo entre ambas formas de minería es que mientras la ilícita no tiene la intención de legalizarse, pues la destinación de sus recursos es eminentemente ilegal; en la minería de hecho o informal, sí existe la vocación de acceder al otorgamiento de un título que, según lo visto, permita preservar la posibilidad de desarrollar una actividad de subsistencia. Por ello, no sólo en el derecho internacional sino también en la jurisprudencia de esta Corporación, se ha consagrado la obligación del Estado de promover la formalización minera.

Así, en el derecho internacional, se destaca el pronunciamiento del Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en cuya Decisión 1994/308 señaló que:

“(…) minería en pequeña escala debe considerarse desde el punto de vista más amplio del desarrollo socioeconómico y la erradicación de la pobreza para un gran número de personas que participan en la minería artesanal en todo el mundo, las actividades de minería constituyen una red de seguridad ya que proporcionan ingresos durante épocas económicas difíciles. Dado que la mayoría de esas actividades se realizan en zonas rurales, la minería artesanal es un arma eficaz contra la pobreza rural y la migración de las zonas rurales a las urbanas y, como tal, debe recibir apoyo. Cuando un gobierno toma medidas para crear un entorno más propicio para los mineros artesanales, está aumentando también el acceso de la población a una red de seguridad de los ingresos y generando capacidad para liberarse de la pobreza, la asistencia a ese sector puede servir también de mecanismo importante para prestar la ayuda social que tanto necesitan la población y las zonas involucradas”.

económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse del beneficio de tales actividades. Se denuncia, aparentemente algunos actores económicos se han aliado con los actores armados irregulares para generar, dentro de las comunidades (...) actos de violencia (...) despejando así el camino para la implementación de estos proyectos productivos. Ello se deriva, esencialmente, de la existencia de intereses comerciales extensivos en los recursos naturales de sus territorios. En algunos lugares del país es claro que se han vinculado los actores del conflicto armado con intereses económicos, vinculación que es una de las principales causas de desplazamiento forzado”. Énfasis por fuera del texto original.

¹³⁴ El Glosario Técnico Minero define a esta minería como aquella que es “desarrollada por personas naturales que dedican su fuerza de trabajo a la extracción de algún mineral mediante métodos rudimentarios y que en asoció con algún familiar o con otras personas generan ingresos de subsistencia.”

¹³⁵ El Glosario Técnico Minero expedido por el Ministerio de Minas y Energía refiere a esta última como aquella “constituida por las unidades de explotación pequeñas y medianas de propiedad individual y sin ningún tipo de registros contables.” Por su parte, la Defensoría del Pueblo ha mencionado que: “(...) se considera que el concepto de ‘minería de hecho’, en lugar del concepto de ‘minería ilegal’, refleja de una mejor manera la realidad social de las personas que ejercen esta actividad con cierto tiempo de antelación y como medio de subsistencia y que, en muchos casos, no han logrado regularizar o legalizar sus actividades debido a las dificultades en el cumplimiento de los requisitos exigidos por las autoridades mineras y ambientales para tal fin, aunado a los obstáculos tecnológicos, educativos y de distancias geográficas que deben suplir estas comunidades para tener acceso a la información”. DEFENSORIA DEL PUEBLO, op.cit, pág. 22.

Por su parte, en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, la reciente Decisión 774 de 2012 establece que, como medida de prevención y control, “*los países miembros adoptarán las medidas legislativas, administrativas y operativas necesarias para (...) formalizar o regularizar la minería en pequeña escala, artesanal o tradicional*”¹³⁶.

Este deber también ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte. En una primera oportunidad, en la Sentencia C-983 de 2010¹³⁷, en la que se dijo que conforme a la amplia facultad de configuración del legislador respecto de la explotación de los recursos naturales no renovables (CP arts. 332, 334 y 360), el Congreso podía establecer “los procesos necesarios con el fin de lograr la formalización y legalización de la explotación tradicional” de las minas, con el fin de regularizar “una situación de transición para quienes han ejercido de tiempo atrás [dicha actividad]” amparados en el derecho al trabajo y en la libertad de empresa.

Aunado a lo anterior, en la Sentencia T-204 de 2014¹³⁸, este Tribunal destacó que la minería de hecho ha sido “una actividad tolerada tácitamente por el Estado al permitir su funcionamiento y operación durante extensos períodos de tiempo. Circunstancia ésta que [la] convierte (...) en una situación (...) que debe ser vigilada y controlada de inmediato, sin desconocer la confianza legítima derivada del ejercicio al derecho al trabajo de los trabajadores informales que logran cubrir su mínimo vital con la labor de explotación minera informal”.

Bajo esta consideración se observa que los procesos de formalización minera constituyen un mecanismo al cual debe acudir el Estado para lograr acercar una realidad social a las exigencias que se imponen en la ley para efectos de explorar y explotar un yacimiento minero de propiedad del Estado. Por esta vía, las deficiencias operativas que permitieron el desarrollo de una actividad sin título, logran brindar una solución frente a quienes han tenido en dicho oficio la fuente por excelencia de su subsistencia.

En este sentido, la importancia de la formalización radica en que opera como un mecanismo de *prevención y control*, en el que al mismo tiempo que permite preservar derechos constitucionales como el trabajo, la libertad de empresa y el mínimo vital, contribuye al fortalecimiento del Estado, pues le otorga a este último un conjunto herramientas jurídicas para asegurar, no sólo que se cumplan los estándares ambientales requeridos, sino también los deberes y obligaciones que existen en términos económicos, laborales, de prevención y seguridad en las labores mineras. Se pasa entonces de una actividad sin supervisión y vigilancia del Estado a una que debe ajustarse, como consecuencia del proceso de legalización, a los parámetros legales que rigen su ejercicio, especialmente aquellos referidos con el amparo del medio ambiente.

¹³⁶ Artículo 5.

¹³⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁸ M.P. Alberto Rojas Ríos.

Esta realidad se verifica con las últimas cifras que tiene el Gobierno Nacional sobre este fenómeno¹³⁹, en el que de la totalidad de las unidades productivas mineras censadas (UPM), aproximadamente, el 63% no poseen título minero, y de ellas el 98% corresponden a la pequeña y mediana minería, siendo el 72% de éstas, de minería de pequeña escala¹⁴⁰. De donde resulta que, por el contexto en el que se produce, la formalización minera se convierte en un fenómeno vinculado básicamente con actividades de subsistencia rural y con la posibilidad de brindar opciones de trabajo para comunidades tradicionalmente menos favorecidas. Adicionalmente, por su alcance, no siempre tiene la entidad para afectar o contaminar en gran medida el medio ambiente, como ocurre con la megaminería ejercida a través de la explotación a gran escala¹⁴¹.

6.7.2. Del contenido normativo del precepto legal demandado

6.7.2.1. La disposición acusada se encuentra integrada en la Ley 685 de 2001¹⁴², como una vía para formalizar la actividad minera en relación con las personas que venían explotando minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, con anterioridad a su entrada en vigencia. De acuerdo con los antecedentes legislativos, su incorporación tuvo lugar en la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes, en el tercer debate, en el que se llamó la atención sobre la necesidad de crear un mecanismo transitorio que permitiese legalizar a la pequeña minería que, como consecuencia de esta iniciativa, se podría ver afectada por la carencia de un título habilitante, no sólo en lo referente a las medidas de policía sino también en la configuración del delito de explotación o exploración ilícita minera o petrolera, en los términos del entonces artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980 (antiguo Código Penal). Lo anterior se destaca en los debates realizados. Precisamente, al explicar el alcance de esta disposición, en sesión del 16 de mayo de 2001¹⁴³, el Coordinador Ponente¹⁴⁴ manifestó que:

“Los artículos que van del 159 al 164 son aquellos que hablan de exploración y explotación lícita. Por supuesto, en este tema hemos recogido muchas inquietudes, específicamente las que se presentaron en la sesión de Antioquia, en Medellín, donde con mucha justicia nos decían quienes participaron en esa sesión, algunos mineros que venían de Yarumal, otros que venían de Segovia, otros que venían de Angelópolis, Frontino, Sinifaná, una señora líder minera que se me escapa su nombre en este momento, hacía énfasis, que no fuéramos a elaborar un Código Represivo y Policivo, porque no tenía ninguna gracia darle, mejor dicho, tipificar delitos en una circunstancia que habían sido circunstancias tradicionales y de subsistencia.

¹³⁹ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Política Nacional para la Formalización de la Minería en Colombia, julio de 2014.

¹⁴⁰ El tamaño de las UPM se calculó a partir del número de trabajadores empleados. De esta forma, las grandes (208) son las que cuentan con más de 70 empleados; las medianas (3.748) tienen entre 6 y 70 trabajadores; y las pequeñas (10.401) cuentan con hasta 5 empleados.

¹⁴¹ Un indicador de lo anterior lo constituye el hecho de que la licencia ambiental no se exige para explotaciones mineras de poco alcance, como se observa en el artículo 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015.

¹⁴² Código de Minas.

¹⁴³ Gaceta del Congreso No. 053 de 2002.

¹⁴⁴ Representante Alvaro Araujo Castro.

A pesar de que está este artículo, pues hemos sido muy consecuentes. Por eso y al final en el capítulo de transitorios hay unos plazos que hacen mucha referencia a la iniciativa de legalización de una manera benévola y no represiva.¹⁴⁵

En términos similares, el Representante Luis Fernando Almarino Rojas expuso que:

“De ahí, como lo decía el doctor Álvaro Araújo, hemos logrado con el consenso, con el Gobierno y con todos los ponentes crear un capítulo de minería social. A mí me parece que lo más importante allí es como entrar a identificar, en primer lugar los conflictos que pueden existir en algunas regiones, y crear unas áreas especiales donde el Gobierno va a hacer unos estudios, va a tratar en algún momento de asociar, y lo hacemos comunitariamente, para identificar los pequeños mineros, legalizar los informales y de alguna manera protegerlos, financiarlos, darles tecnología, darles todo el apoyo para que ellos actúen en alguna forma como gran minería o mediana minería, con posibilidad en algún momento de hacer alianzas estratégicas con quien quiera hacerlo. Yo creo que de esta manera podemos lograr crear un importante nivel de nuestros pequeños mineros.”¹⁴⁶

Luego, en sesión del 17 de mayo de 2001, al momento de aprobar el proyecto, se volvió a plantear la dificultad social que se generaba por la prohibición de la minería sin título, sin la existencia de un mecanismo transitorio al cual se pudiesen acoger los pequeños mineros rurales para legalizar su situación. Ello se manifestó por los Representantes Dagoberto Emiliani Vergara¹⁴⁷ y Leonor Mary Marmolejo¹⁴⁸. Ante este panorama se aprobó el actual artículo 165 de la Ley 685

¹⁴⁵ Énfasis por fuera del texto original.

¹⁴⁶ *Ibidem*. Énfasis por fuera del texto original.

¹⁴⁷ “(...) [En] esta minería ilegal, ocasional, de subsistencia para la gente del carrito, del vagón, hay que buscarle la salida doctor; por qué? Entonces, se trata de que se busque una salida en donde todos podamos vivir sobre la tierra, en convivencia y poder en consecuencia, garantizarle el sustento a las demás personas. Además, esos señores que acarrear la arena, la piedra, sustraídas de los lugares que van a ser prohibidos a través de este Código, de esta norma, o dándole facultades a un alcalde, de pronto arbitrario. No señor, porque aquel que acarrea la arena no es de mi grupo político, no le doy permiso para que acarree esa cosa. // Yo creo que aquí hay que poner una cuestión en su punto. Además, cómo se harían las construcciones en los pueblitos esos que reciben el subsidio del Gobierno, con unos 5 o 6 millones de pesos, que les alcance para comprar la volquetada de arena en 40 o 50 mil pesos; y viviendo de interés social. Miren, por Dios, este es un punto muy, muy social que hay que analizarlo con mucha perspectiva, en beneficio de conservar una acción jurídico-legal y al mismo tiempo mantener una acción para que la gente pueda subsistir en forma honrada, con la explotación de un negocio que para mí es lícito.” Gaceta del Congreso No. 054 de 2002.

¹⁴⁸ “(...) [E]ste punto fue un punto de especial preocupación, porque hemos tenido información que indica que el 80% de la actividad minera en el país se realiza con el carácter de ilegal o de informal; o sea, que estaríamos abocados a un problema de grandes proporciones, que se entra a subsanar, yo digo, de manera muy generosa en el artículo 358 [hoy 165 de la Ley 685 de 2001], denominado; de legalización. // No me queda sino una preocupación. Si ese artículo de legalización no debería ir aquí, para efectos de regular lo que tiene que regular; o sea, la declaración de ilegalidad, de la configuración del delito, que yo estoy de acuerdo con el doctor Álvaro Araújo, que corridos los términos que se le dan a las personas para que se legalicen, para que formalicen su actividad, los que no lo hagan dentro de esos términos pues sí tengan que sufrir el rigor de ser asimilados a minería ilegal. // Pero entonces, como los códigos a veces se vuelven tan taxativos y si una persona en el Capítulo correspondiente no encuentra la norma y la salida, la borra, entonces me preocupa que ese artículo ubicado en el último capítulo no tenga la fuerza que debe tener en el Código, para proteger y generar una etapa de transición entre la minería que fue lícita y la minería informal por la que estamos propendiendo.” *Ibidem*. Énfasis por fuera del texto original.

de 2001, con el propósito de brindar una oportunidad limitada en el tiempo para que los mineros informales accedieran a la minería legal, a través de un régimen excepcional de transición sometido a la duración del proceso de formalización¹⁴⁹.

6.7.2.2. Dada la intención del legislador, y según se expuso con anterioridad¹⁵⁰, el precepto legal demandado expone lo siguiente:

“Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1º) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código”.

En general, se trata de un mecanismo a favor de quienes venían explotando minas de propiedad estatal antes del 17 de agosto de 2001, para lo cual se les otorgó un término hasta el 31 de diciembre de 2004, para solicitar la legalización de su situación ante las autoridades mineras competentes. En caso de que se cumplan con todas las condiciones previstas en la ley y el área solicitada se hallare libre para contratar, el proceso debería concluir con la celebración de un contrato de concesión, permitiendo que una actuación considerada ilegal, pese a su realidad social y al contexto de subsistencia en el que se produce, se ajuste a todos los parámetros normativos que rigen a la actividad minera.

(i) El primer punto que debe resaltarse del artículo de la referencia, es que su ámbito regulatorio se refiere a la minería *informal o de hecho* y no a la minería ilícita, pues de lo que se trata, conforme se deriva de los antecedentes legislativos, es de brindar una respuesta a quienes venían desarrollando la minería tradicional, artesanal o de subsistencia, antes de la entrada en vigencia del Código de Minas. Ello se infiere, además, del Decreto 2390 de 2002, en el que se califica a la explotación sobre estas minas como “*explotación de hecho*” y se reitera en la reciente Ley 1753 de 2015, en el artículo 19, en el que se fijó un plazo máximo de dos años para concluir con los procesos en curso, respecto, precisamente, de las solicitudes de legalización de “*minería de hecho*”¹⁵¹.

(ii) Para lograr el citado propósito, y como segundo punto, el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 consagró un estímulo para que los pequeños mineros se involucraran en el proceso de formalización. Ello consistió básicamente en excluir un conjunto de medidas dirigidas a combatir la minería ilegal, una vez se

¹⁴⁹ Desde su aprobación en la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes el artículo no sufrió ninguna modificación hasta convertirse en ley de la República.

¹⁵⁰ Acápite 6.2.2 de esta providencia.

¹⁵¹ El Decreto 2390 de 2002 excluyó de este proceso a la minería ocasional, de barequeo, a los proyectos mineros especiales y de desarrollo comunitario, conforme se establece en el parágrafo 1 del artículo 1.

formulara la solicitud de legalización en tiempo y mientras la misma fuese resuelta por la autoridad minera competente. Por ello, hoy en día, nadie distinto a los mineros de hecho que presentaron su documentación hasta el 31 de diciembre de 2004 son beneficiarios de las prerrogativas consagradas en la ley, como fórmula de transición para reducir el impacto que se generaría en los derechos al trabajo y al mínimo vital de los habitantes de las zonas rurales del país que dependían de esta actividad.

(iii) Ahora bien, según se deriva de la ley, los beneficios son limitados y se refieren a la imposibilidad de adelantar las siguientes medidas respecto de los sujetos sometidos al proceso de legalización:

- a. No es posible adelantar las medidas previstas en los artículos 161 y 306 del Código de Minas. La primera de estas disposiciones regula el decomiso provisional de minerales derivados de la explotación ilícita de yacimientos mineros¹⁵²; mientras que, la segunda, establece en cabeza de los alcaldes la facultad de suspender de oficio, por aviso o queja, la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional¹⁵³.
- b. No se pueden proseguir las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 del Código de Minas¹⁵⁴. En este punto se hace necesario precisar que aunque los citados artículos hacen referencia al artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980, el Decreto 2390 de 2002, mediante el cual se reglamenta el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, precisa que la acción penal que no se puede adelantar en estos casos es la contempladas en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente)¹⁵⁵.

Nótese cómo se trata de un régimen exceptivo en el que se delimitó de manera concreta cuales son los incentivos o beneficios que se otorgaban, de suerte que,

¹⁵² “**Artículo 161. Decomiso.** Los alcaldes efectuarán el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no se hallen amparados por factura o constancia de las minas de donde provengan. Si se comprobare la procedencia ilícita de los minerales se pondrán además a disposición de la autoridad penal que conozca de los hechos. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a la minería de barequeo.”

¹⁵³ “**Artículo 306. Minería sin título.** Los alcaldes procederán a suspender, en cualquier tiempo, de oficio o por aviso o queja de cualquier persona, la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Esta suspensión será indefinida y no se revocará sino cuando los explotadores presenten dicho título. La omisión por el alcalde de esta medida, después de recibido el aviso o queja, lo hará acreedor a sanción disciplinaria por falta grave.”

¹⁵⁴ Las normas en cita señalan que: “**Artículo 159. Exploración y explotación ilícita.** La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.” “**Artículo 160. Aprovechamiento ilícito.** El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero. En estos casos el agente será penalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código Penal, exceptuando lo previsto en este Código para la minería de barequeo.”

¹⁵⁵ El artículo 14 del Decreto 2390 de 2002 establece que: “Mientras la solicitud de legalización presentada por explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional no haya sido resuelta por la autoridad minera delegada competente, no habrá lugar a suspender las labores de explotación, a decomisar el mineral explotado, ni a proseguir la acción penal a que se refiere el artículo 338 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (...)”. Subrayado por fuera del texto original.

por fuera de dicha autorización legal, no se limita ninguna facultad, atribución o potestad de las autoridades competentes, en las distintas áreas en que las que tiene impacto la actividad minera. No sobra reiterar que, como lo ha expuesto en varias oportunidades esta Corporación, los regímenes de excepción tienen un alcance restringido¹⁵⁶.

(iv) Siguiendo lo expuesto, cabe detenerse en lo concerniente a la prerrogativa que se consagra en materia penal. Sobre el particular, se destaca que el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 dispone la imposibilidad de proseguir la actuación criminal respecto de las conductas previstas en los artículos 159 y 160 del Código de Minas. Ellos se refieren a la exploración, explotación y aprovechamiento ilícito de yacimientos mineros, en los términos del artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980, para lo cual se señala que la ilicitud se deriva de la ausencia del correspondiente título minero vigente.

Ahora bien, el antiguo artículo 244 del decreto en mención consagraba como delito autónomo la “*explotación o exploración ilícita minera o petrolera*”, en los siguientes términos: “*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*”. Esta conducta se introdujo dentro de los delitos contra el orden económico y social, en el subcapítulo referente a los recursos naturales y del ambiente, en el que también se incluían el ilícito aprovechamiento de recursos biológicos¹⁵⁷, la invasión de áreas de especial importancia ecológica¹⁵⁸ y la contaminación ambiental¹⁵⁹.

De su redacción típica se advierte que se trataba de una conducta de resultado, en la que el reproche penal surgía de llevar a cabo acciones de exploración, explotación, extracción, transformación, etc., sin un título habilitante que permitiese la ejecución de esos actos sobre un recurso minero o yacimiento de hidrocarburos. En esta medida, los artículos 159 y 160 del Código de Minas,

¹⁵⁶ Sentencias C-037 de 2000, C-415 de 2002 y C-896 de 2012. En esta última, de forma expresa, se dijo que: “*La naturaleza excepcional de tal atribución ha determinado que la Corte exija (...) que la autorización constitucional –así como de las disposiciones legales en las que se expresa en virtud del principio de legalidad que rige en esta materia– sea interpretada de manera restrictiva (...)*”.

¹⁵⁷ “**Artículo 242. Ilícito aprovechamiento de recursos biológicos.** *El que ilícitamente transporte, comercie, aproveche, introduzca o se beneficie de recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos o genéticos de especie declarada extinta, amenazada o en vía de extinción, incurrirá en prisión de tres a siete años y multa de 50 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

¹⁵⁸ “**Artículo 243. Invasión de áreas de especial importancia ecológica.** *El que invada área de manejo especial, reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, reservas campesinas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en ley o reglamento, incurrirá en prisión de dos a ocho años y multa de 50 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes. // La pena señalada en este artículo se aumentará hasta en una tercera parte cuando como consecuencia de la invasión se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente. // El que promueva, financie o dirija la invasión o se aproveche económicamente de ella, quedará sometido a prisión de tres a diez años y multa de 150 a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

¹⁵⁹ “**Artículo 247. Contaminación ambiental.** *El que ilícitamente contamine la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas o demás recursos naturales y pueda producir daño a los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos o a los ecosistemas naturales, incurrirá en prisión de dos a ocho años y multa de 150 a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. // La pena se incrementará en una tercera parte cuando la conducta descrita en este artículo altere de modo peligroso las aguas destinadas al uso o consumo humano.*”

precisaban el elemento normativo de ilicitud al cual se refería el artículo 244 del anterior Código Penal.

Con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, como ya se dijo, en el Decreto 2390 de 2002 se precisó que la conducta punible a la cual se refiere el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 es a la prevista en el actual artículo 388, la cual reemplazó la redacción típica del anterior estatuto criminal.

En este orden de ideas, a partir del valor jurídico del derecho viviente¹⁶⁰, y según se dispuso por vía reglamentaria¹⁶¹, se entiende que la prerrogativa penal consagrada a favor de los explotadores de hecho que se sometieron al trámite de legalización minera y que todavía están pendientes de definición (en total 223 solicitudes¹⁶²), es aquella prevista en el actual artículo 338 de la Ley 599 de 2000, que, según se explicó, reemplazó al tipo dispuesto en el anterior artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980.

La nueva redacción típica refiere al delito de “*explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales*” y describe a la conducta punible de la siguiente manera: “*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 las cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”¹⁶³.

Los elementos del tipo penal son varios. Para comenzar se trata de un *sujeto activo* no calificado, pues no se exige una condición particular en el autor de la conducta punible. El *sujeto pasivo* lo es el Estado como titular del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Los *verbos rectores* son los de explotación, explotación y extracción; exigiendo que su ejercicio debe recaer, como *objeto material*, sobre un yacimiento minero o arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos.

La conducta se complementa con dos *elementos normativos*, como lo son, en primer lugar, realizar la explotación, exploración o extracción *sin el permiso de*

¹⁶⁰ Sobre el derecho viviente se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-038 de 2006, C-569 de 2009, C-259 de 2011 y C-258 de 2013. En esta última providencia, se recordó que el control de constitucionalidad debe realizarse a partir de la lectura del texto de la norma demandada que se encuentra produciendo efectos jurídicos y que es oponible a los destinatarios de la ley, por lo que resulta relevante determinar el contexto real dentro del cual la disposición cuestionada viene siendo interpretada y aplicada. Para tal efecto, el derecho viviente puede encontrarse en la labor que “realizan los jueces, las autoridades administrativas y la doctrina”. Al igual que ocurre en esta oportunidad, en la sentencia en mención, se aludió a las normas que desarrollan el artículo cuestionado, para efectos de determinar la materia objeto de controversia, que en dicha ocasión refería al alcance del régimen de transición pensional para los congresistas y magistrados, en virtud de la Ley 4ª de 1992. Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶¹ El artículo 14 del Decreto 2390 de 2002 establece que: “*Mientras la solicitud de legalización presentada por explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional no haya sido resuelta por la autoridad minera delegada competente, no habrá lugar a suspender las labores de explotación, a decomisar el mineral explotado, ni a proseguir la acción penal a que se refiere el artículo 338 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (...)*”. Subrayado por fuera del texto original.

¹⁶² Oficio ANM 20152110263921 del 9 de septiembre de 2015 de la Agencia Nacional de Minería.

¹⁶³ Las penas fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Así la prisión será de 32 a 144 meses y la multa de 133.33 a 75.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

la autoridad competente, o lo que es lo mismo, sin un título habilitante; o, en su lugar, con el incumplimiento de la normatividad existente, lo que implica la presencia de un permiso, licencia o autorización, pese a lo cual la actuación desarrollada se realiza por fuera del marco autorizado por la ley.

Pero quizás el punto más relevante del tipo, es que en relación con su contenido, constituye un delito de *peligro abstracto*, por virtud del cual no se requiere de un daño o menoscabo efectivo sobre el medio ambiente, sino de una probabilidad de lesión a partir de una situación o acción que se considera peligrosa. En este caso, como se observa de la transcripción de la conducta, los actos que se ejecuten (explotación, extracción, etc.) deben realizarse “*por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente*”.

Nótese que mientras la redacción típica del artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980 preveía una sanción penal más amplia, ya que bastaba con la falta de un título habilitante en la exploración, explotación, transporte o cualesquiera otra de las conductas mencionadas sobre un recurso minero, para que se configurara el ilícito. Hoy en día, en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, se aminora su antijuridicidad material, pues en el caso de la minería informal, se requiere que el acto tenga la capacidad efectiva de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, dictamen que no se requería con anterioridad. Por lo demás, su consagración como delito de *peligro abstracto*, deja un importante espacio de acción a otros comportamientos punibles de resultado que amparan el mismo bien jurídico, como lo son, los daños en los recursos naturales¹⁶⁴, la contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos¹⁶⁵, la contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo¹⁶⁶ y, en general, la contaminación ambiental¹⁶⁷.

¹⁶⁴ “**Artículo 331. daños en los recursos naturales.** El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes. // La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando: // – Se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del Sistema Nacional, Regional y Local de las áreas especialmente protegidas. // – Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.”

¹⁶⁵ “**Artículo 332A. contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos.** El que con incumplimiento de la normatividad existente almacene, transporte o disponga inadecuadamente, residuo sólido, peligroso o escombros, de tal manera que ponga en peligro la calidad de los cuerpos de agua, el suelo o el subsuelo tendrá prisión de dos (2) a nueve (9) años y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior se ponga en peligro la salud humana.”

¹⁶⁶ “**Artículo 333. Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo.** 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.”

¹⁶⁷ “**Artículo 332. Contaminación ambiental.** El que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cincuenta y cinco (55) a ciento doce (112) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // La pena

No es irracional que se entienda, como lo hace el decreto reglamentario, que el comportamiento al cual alude el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 es el consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, pues a pesar de los cambios que se introdujeron en la redacción típica, el objeto de protección sigue siendo el medio ambiente, a partir de los problemas derivados de la realización de la actividad minera sin un título habilitante, más allá de que ahora también se incluyan, a partir de la ampliación del elemento normativo, a quienes actúan con incumplimiento de la normatividad existente.

(v) Finalmente, es preciso realizar un acercamiento a la forma como se regula el proceso de legalización, para entender cuáles son las cargas que asumen los interesados y cuáles son las atribuciones que se imponen a las autoridades que participan en este proceso.

Más allá de las reglas de legitimación, como primera medida, el Decreto 2390 de 2002 exigía llenar un formulario especial de legalización a más el 31 de diciembre de 2004, en el que se debía acompañar como mínimo dos pruebas que acreditaran las actividades de explotación antes del 17 de agosto de 2001. Para tal efecto se autorizaron declaraciones extra proceso, facturas de venta y comercialización del mineral explotado, o el formulario de declaración de producción y liquidación de regalías y su correspondiente certificado o recibo de pago¹⁶⁸. En todo el trámite, y bajo la lógica de que su fin es el de legalizar a pequeños mineros informales, se dispuso el deber del Estado de prestar de forma gratuita la asesoría técnica y jurídica que demandara el proceso¹⁶⁹.

Una vez formalizada la solicitud, como lo exige la ley, el examen inicial es el de verificar la libertad de las áreas a contratar. Para ello se comprueba que no existan superposiciones y que, además, no se esté en presencia de zonas de reserva especial, zonas excluidas de la minería, zonas de minería restringida y demás áreas de protección ecológica y ambiental, según la normatividad vigente¹⁷⁰. En caso de presentarse cualquiera de estas hipótesis, la solicitud debe ser rechazada y se ordenará la suspensión de forma inmediata de la explotación, conforme a la atribución que se otorga a los alcaldes en el citado artículo 306 del Código de Minas¹⁷¹. Adicionalmente, se decretará el cierre del lugar en el que se

se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código concorra alguna de las circunstancias siguientes: // 1. Cuando la conducta se realice con fines terroristas sin que la multa supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. // 2. Cuando la emisión o el vertimiento supere el doble de lo permitido por la normatividad existente o haya infringido más de dos parámetros. // 3. Cuando la contaminación, descarga, disposición o vertimiento se realice en zona protegida o de importancia ecológica. // 4. Cuando la industria o actividad realice clandestina o engañosamente los vertimientos o emisiones. // 5. Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. // 6. Que se haya ocultado o aportado información engañosa o falsaria sobre los aspectos ambientales de la misma.”

¹⁶⁸ Artículo 3.

¹⁶⁹ Artículo 3, párrafo 2.

¹⁷⁰ Artículo 4.

¹⁷¹ “**Artículo 306. Minería sin título.** Los alcaldes procederán a suspender, en cualquier tiempo, de oficio o por aviso o queja de cualquier persona, la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Esta suspensión será indefinida y no se revocará sino cuando los explotadores presenten dicho título. La omisión por el alcalde de esta medida, después de recibido el aviso o queja, lo hará acreedor a sanción disciplinaria por falta grave.”

encuentre la mina, el decomiso del material y se procederá a convocar a la autoridad ambiental competente, con el fin de que ésta *“ordene la adopción de las medidas necesarias a tomar por parte del solicitante para mitigar y corregir el impacto ambiental producido por la explotación de hecho”*¹⁷².

En el evento en que el área a formalizar se encuentre libre, se continúa con una visita técnica por parte de la autoridad minera delegada y de la autoridad ambiental competente. Según se establece en el decreto es posible coordinar una programación de visitas diferidas en el tiempo, con el propósito de lograr –entre otros– los siguientes objetivos: (i) *“verificar el (los) sistemas y métodos(s) de explotación, infraestructura instalada, personal, herramienta, maquinaria y equipo utilizado, sistema de beneficio y/o transformación y producción referenciada por el solicitante”*; (ii) *“determinar las condiciones ambientales de la explotación y las medidas a tomar para corregir las posibles fallas, así como consultar los usos del suelo establecidos en los respectivos Planes de Ordenamiento Territorial”*; (iii) *“identificar las condiciones técnicas de seguridad e higiene minera en que se adelanta la explotación, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”*; (iv) *en caso de ser necesario, determinar los permisos, concesiones o autorizaciones de aprovechamiento de recursos naturales renovables que se requiere obtener para el desarrollo de la explotación minera y su correspondiente legalización”* y (v) *“establecer las condiciones y características en que se deberá elaborar el Plan de Manejo Ambiental para las actividades de explotación minera objeto de legalización y la posibilidad de que se adelante dicho plan dentro de un estudio regional”*¹⁷³.

Del informe de visita técnica se sigue la determinación de la viabilidad de continuar con el trámite de legalización, tanto desde el punto de vista minero como ambiental¹⁷⁴. En caso de ser no ser ello posible, se procederá al rechazo y a la imposición de las mismas medidas previamente señaladas. De forma categórica el decreto dispone que: *“No habrá lugar a la legalización de explotaciones mineras cuando a juicio de la autoridad ambiental no sean viables, y/o cuando a juicio de la autoridad minera delegada sean manifiestamente inseguras, presenten peligro inminente para la vida de los mineros o de los habitantes de las zonas aledañas”*¹⁷⁵.

De resultar viable la formalización solicitada, la autoridad minera procederá a elaborar un Programa de Trabajo y Obras (POT), en el que se define la forma de efectuar la explotación de los recursos y del cual dependerá la posibilidad de suscribir el contrato de concesión. Pero, de igual forma, por parte de la autoridad ambiental se elaborará e impondrá el Plan de Manejo Ambiental respectivo, en un término no mayor a seis meses desde la presentación del informe que avale la legalización. De ser necesario, en el término de treinta días siguientes a la ejecutoria del acto que imponga el Plan de Manejo Ambiental, se deberán

¹⁷² Artículo 4, parágrafo 4.

¹⁷³ Artículo 5.

¹⁷⁴ Artículo 6.

¹⁷⁵ Artículo 8.

solicitar por el interesado los permisos y autorizaciones que se requieran para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables¹⁷⁶.

6.7.2.3. En suma, es claro que el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 consagró un régimen de legalización de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, con un alcance excepcional y transitorio, pues se incluyó como beneficiarios a quienes realizaban explotaciones en depósitos o yacimientos mineros con anterioridad al 17 de agosto de 2001 y siempre que la solicitud de formalización se hubiese presentado ante las autoridades mineras competentes a más tardar el 31 de diciembre de 2004.

El proceso de legalización se concibió como un mecanismo para que la pequeña minería, esto es, básicamente aquella minería tradicional, artesanal y de subsistencia, logre formalizar su situación ante el requerimiento de un título habilitante para poder desempeñar esta actividad¹⁷⁷, de la cual depende la satisfacción de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y al trabajo de varios pobladores de zonas rurales del país que encuentran en este oficio un medio permanente de vida. De esta manera, en su origen, el proceso apunta como medida de prevención y control a regularizar la *minería informal o de hecho*, como lo demandan varios pronunciamientos del derecho internacional, y excluye a la *minería ilícita* vinculada con la financiación de actividades al margen de la ley.

Como política para lograr la formalización, y en el ámbito del poder de configuración normativa del legislador en materia de acceso y explotación de los recursos naturales no renovables (CP arts. 332, 334 y 360), mientras dura el trámite de legalización, se otorgan a los mineros informales o de hecho dos incentivos. Así, por una parte, y desde el punto de vista administrativo, se consagra la imposibilidad de decomisar los minerales derivados de la explotación y de suspender dicha actividad como consecuencia de la falta de un título habilitante inscrito en el Registro Minero Nacional. Y, por la otra, en el campo penal, se dispone la prohibición de proseguir con la acción frente al delito contemplado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, referente a la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, el cual, según se vio, a partir de su descripción típica corresponde a un delito de peligro abstracto. Se trata de un régimen exceptivo que, como lo ha señalado esta Corporación, tiene un alcance eminentemente restrictivo.

Finalmente, el proceso de legalización es un trámite reglado, el cual se rige por la garantía del debido proceso, y en el que, como se pudo constatar, se prioriza el deber de protección ambiental, no sólo con la proscripción de la entrega de títulos en zonas prohibidas o ecológicamente sensibles, sino también con la participación activa de las autoridades ambientales a través de visitas técnicas y mediante la imposición de un Plan Manejo Ambiental. Por lo demás, en caso de que se rechace la solicitud o que la misma no resulte ambientalmente viable, se deben imponer medidas de mitigación y corrección con el fin reducir el impacto

¹⁷⁶ Artículo 10.

¹⁷⁷ Código de Minas, art. 14.

ocasionado por la explotación de hecho, y sin perjuicio de que se proceda al decomiso de los minerales y a la suspensión y cierre de la actividad.

6.7.3. De los cargos propuestos y de su examen final

6.7.3.1. Como se expuso en el acápite de antecedentes, en el presente caso, el examen de inconstitucionalidad propuesto por el accionante implica realizar un pronunciamiento sobre dos cargos. El primero referente a la supuesta violación de los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP art. 8, 79 y 80), en la medida en que el precepto acusado torna inoperante e ineficaz el control administrativo y penal del Estado durante el proceso de legalización de las minas sin título, en perjuicio de la labor de amparo que le asiste sobre el ecosistema. Y, el segundo, porque se desconoce el deber estatal de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, al permitir la renuncia y/o suspensión de la persecución penal, por fuera del marco del principio de oportunidad, en los términos previstos en el artículo 250 de la Constitución. Lo anterior, en un contexto en el que se infringe la garantía del orden justo (CP art 2), al permitir que, por falta de sanción, se produzcan lesiones al medio ambiente y a los recursos naturales.

6.7.3.2. Antes de proceder con el examen de fondo propuesto, y con salvedad de las solicitudes en las que se requirió un fallo inhibitorio, es preciso señalar que la mayoría de los intervinientes piden la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado¹⁷⁸. Para tal efecto, presentan las siguientes razones: (i) los mandatos legales acusados corresponden a una política social que busca amparar a un sector de la sociedad, sin que excluyan la exigibilidad de las medidas de prevención, mitigación y corrección del medio ambiente; (ii) la disposición cuestionada se enmarca dentro del deber de proporcionar medidas de estabilidad jurídica a los mineros informales, sin las cuales difícilmente se lograría un control efectivo sobre su actividad; (iii) no existe un sacrificio desmedido para el Estado, pues se preservan las competencias sancionatorias de la Ley 1333 de 2009; (iv) en cuanto a la tipificación del delito consagrado en el artículo 338 de la Constitución, lejos de tratarse de una salvedad al deber de investigar, lo que se consagra es una hipótesis de excepción respecto de la configuración del tipo, a partir de la falta de antijuridicidad material y formal del comportamiento descrito, como resultado del sometimiento de los mineros informales al trámite de legalización; (v) la demora administrativa que ha tenido dicho proceso es ajeno a un reproche de constitucionalidad, ya que tiene que ver con la eficacia o no de una política; y finalmente, (vi) la decisión adoptada por el legislador envuelve una lógica de *ultima y extrema ratio* del derecho penal, sin perjuicio de admitir que en los casos en que existen daños o lesiones efectivas al medio ambiente, se activen otros delitos que protegen el mismo bien jurídico, como ocurre con la contaminación ambiental o el daño en los recursos naturales.

¹⁷⁸ Ministerio de Minas y Energía; Agencia Nacional de Minería; Fiscalía General de la Nación; Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia y Facultad de jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario

A diferencia de lo expuesto, los intervinientes que solicitan la declaratoria de inexecutable de la norma acusada¹⁷⁹, además de coadyuvar la generalidad de la demanda, señalan que (i) el precepto cuestionado constituye un medio para burlar la actividad de protección del Estado sobre los recursos naturales; (ii) circunstancia que se agrava con la participación de los grupos armados ilegales en la explotación de la minería ilegal. A lo anterior se agrega, (iii) que más allá del eventual daño ambiental que se estaría legitimando, se afectaría la propiedad misma del Estado sobre el subsuelo.

Por último, en criterio de la Vista Fiscal, la primera parte de la disposición acusada, esto es, aquella que se refiere a la limitación de algunas medidas administrativas es executable, en cuanto no excluye el cumplimiento de las normas ambientales, ni la competencia y atribuciones que les asiste a dichas autoridades en su control. Por el contrario, es inexecutable la segunda parte del precepto cuestionado, básicamente el que regula la imposibilidad de proseguir la acción penal respecto del tipo consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, ya que consagra una suspensión de *facto* del deber de investigación criminal, por fuera del ámbito del principio de oportunidad.

6.7.3.3. De acuerdo con los cargos planteados en la demanda, y a partir de los argumentos expuestos en esta providencia, en lo que atañe a la primera acusación formulada, por virtud de la cual el precepto legal cuestionado vulnera los principios superiores de protección al medio ambiente y a los recursos naturales, al tornar inoperante e ineficaz el control administrativo y penal del Estado durante el proceso de legalización de las minas sin título, en perjuicio de la labor de amparo que le asiste sobre el ecosistema, la Corte observa que, lejos de que lo se afirma por el actor, la norma demandada tiene la virtualidad de convertirse en un medio para asegurar la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales, en cuanto privilegia la formalización del minero informal, bajo parámetros acordes con los deberes de prevención, mitigación y control al ambiente, en los términos dispuestos en la Constitución y en la ley.

6.7.3.3.1. Para comenzar es preciso recordar que de la Constitución se derivan cuatro deberes primordiales del Estado respecto del medio ambiente¹⁸⁰: la prevención, la mitigación, la indemnización o reparación y la punición. A pesar de que su naturaleza y alcance se infiere de varios mandatos de la Carta, no existe un desarrollo normativo completo sobre cada uno de ellos en el Texto Superior. Por el contrario, tal atribución se delega de manera expresa en el legislador, a quien le corresponde determinar los escenarios en los que cada uno de ellos tiene operancia, bajo la lógica de obtener una adecuada gestión ambiental. En este sentido, a menos que se esté en presencia de un mandato imperativo previsto en la Constitución¹⁸¹ o que la decisión adoptada implique una violación de los principios de razonabilidad o proporcionalidad, el Congreso se encuentra autorizado para definir las medidas legales que, respecto de cada actividad económica o social, el Estado puede implementar. Incluso, en el

¹⁷⁹ Contraloría General de la República, Asociación Colombiana de Minería, Federación Colombiana de Municipios e intervenciones ciudadanas.

¹⁸⁰ CP arts. 8, 79 y 80.

¹⁸¹ CP art. 81.

ámbito del deber de sanción, está legitimado para graduar su procedencia, priorizando los correctivos administrativos sobre el reproche penal, dado el carácter de *ultima y extrema ratio* de este último.

En el asunto *sub-judice*, como ya se dijo, los preceptos acusados se incluyen dentro un marco normativo más amplio, en el que se regula el proceso de legalización minera a favor de explotadores de minas de propiedad del Estado sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, con actividades de explotación con anterioridad al 17 de agosto de 2001 y siempre que la solicitud se hubiese presentado ante las autoridades mineras competentes a más tardar el 31 de diciembre de 2004.

En virtud de dicha solicitud y mientras la misma no sea resuelta, los mineros informales o de hecho a los cuales se aplica el proceso de legalización, se hacen beneficiarios de unas prerrogativas expresamente delimitadas en la ley. Así, desde el punto de vista administrativo, se consagra la imposibilidad de decomisar los minerales derivados de la explotación¹⁸² y de suspender dicha actividad como consecuencia de la falta de un título habilitante inscrito en el Registro Minero Nacional¹⁸³. Y, en el campo penal, se dispone la prohibición de proseguir con la acción frente al delito contemplado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, referente a la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales¹⁸⁴.

Según la información brindada a esta Corporación por la Agencia Nacional de Minería todavía están pendientes de definición 223 solicitudes presentadas con ocasión de la aplicación del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, frente a las cuales resultan procedentes las prerrogativas anteriormente mencionadas. No obstante, con la expedición de la Ley 1753 de 2015, en el artículo 19, se señaló que a más tardar este proceso deberá concluir el 9 de junio de 2017¹⁸⁵.

De esta manera, si bien se observa que el trámite de legalización minera apunta a asegurar que una actividad que ha venido siendo desarrollada a pequeña escala y de manera informal sea avalada por el Estado para continuar con su ejercicio¹⁸⁶, en garantía de los derechos al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital de los pobladores de zonas rurales del país que viven de este oficio, también se encuentra que su consagración, desde el punto de vista ambiental, se convierte en una herramienta que otorga prioridad a los deberes de *prevención* y *mitigación* del daño, sobre la posibilidad de imponer unas determinadas medidas sancionatorias, cuya exclusión de alcance temporal, permite crear un estímulo para combatir la minería ilegal, y evitar el impacto ambiental desmedido que

¹⁸² Ley 685 de 2001, art. 161.

¹⁸³ Ley 685 de 2001, art. 306

¹⁸⁴ Ley 685 de 2001, arts. 159 y 160, en armonía con lo previsto en el artículo 14 del Decreto 2390 de 2002.

¹⁸⁵ La norma en cita dispone que: “la autoridad minera tendrá un plazo de dos (2) años contados a partir de la expedición de esta ley para resolver las solicitudes de legalización de minería de hecho (...) que actualmente están en curso”.

¹⁸⁶ Como se deriva de los antecedentes legislativos, del decreto reglamentario y de las cifras de informalidad que existen en materia minera, previamente expuestas, según las cuales el 98% de las minas sin título son de pequeña y mediana minería, siendo el 72% de éstas, de minería de pequeña escala.

ésta pueda llegar a tener, a partir del control que se asume por el Estado en el proceso de formalización minera.

Precisamente, y como previamente se señaló en esta providencia, en virtud del Decreto 2390 de 2002, que se expide con fundamento en lo previsto en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, el proceso de legalización es un trámite reglado, que se rige por la garantía del debido proceso, y en el que, como se pudo constatar, se prioriza el deber de protección al medio ambiente, no sólo con la proscripción de la entrega de títulos en zonas prohibidas o ecológicamente sensibles¹⁸⁷, sino también con la participación activa de las autoridades ambientales en el cumplimiento de las funciones a su cargo. En este contexto, se prevé la obligación de adelantar visitas técnicas para “*determinar las condiciones ambientales de la explotación y las medidas a tomar para corregir las posibles fallas*”, “*identificar las condiciones técnicas de seguridad e higiene minera en que se adelanta la explotación, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia*”, precisar “*los permisos, concesiones o autorizaciones de aprovechamiento de los recursos naturales renovables que se requieren obtener para el desarrollo de la explotación minera*” y fijar “*las condiciones y características en que se deberá adelantar el Plan de Manejo Ambiental para las actividades de explotación minera (...) y la posibilidad de que se adelante dicho plan dentro de un estudio regional*”¹⁸⁸.

Como consecuencia de estas visitas, la autoridad minera debe determinar la viabilidad ambiental del proyecto¹⁸⁹; y siempre que por cualquier motivo la solicitud sea objeto de rechazo, más allá de que proceda el cierre de la mina y el decomiso del mineral¹⁹⁰, se deben adoptar las medidas necesarias para mitigar el impacto ambiental producido por la explotación de hecho¹⁹¹.

En todo caso, si se determina que el proyecto es viable y se cumplen los mínimos exigidos en el reglamento, la autoridad ambiental deberá elaborar e imponer un Plan de Manejo Ambiental, sin perjuicio de las autorizaciones requeridas para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables¹⁹². Este plan –como se dispone por vía reglamentaria– consiste en “*el conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental, están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados, que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia, y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad*”¹⁹³.

¹⁸⁷ Expresamente, el artículo 4 prohíbe el proceso de legalización minera sobre: “*(...) zonas de reserva especial, zonas de seguridad nacional, zonas excluibles de la minería, zonas de minería restringida y demás áreas de protección ecológica y ambiental de acuerdo con la normatividad ambiental vigente (...)*”.

¹⁸⁸ Artículo 5.

¹⁸⁹ Artículo 8.

¹⁹⁰ Lo anterior a partir de las atribuciones de los artículos 161 y 306 del Código de Minas.

¹⁹¹ Artículo 4, parágrafo.

¹⁹² Artículo 10.

¹⁹³ Decreto 2041 de 2014, art. 1.

Lo anterior demuestra que si bien se excluyen algunas medidas sancionatorias con la finalidad de incentivar el proceso de legalización minera, en ningún momento el Estado pierde la generalidad de las atribuciones de control para mantener y preservar el medio ambiente. Por el contrario, asume una política en la que al mismo tiempo que da respuesta a una realidad social que le demanda otorgar soluciones (como lo exige el derecho internacional¹⁹⁴ y la reciente Decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones¹⁹⁵), logra imponer un mecanismo idóneo de control y defensa sobre los recursos naturales, por cuanto a través de un proceso reglado fija medidas especiales –sobre todo de carácter preventivo– en relación con la actividad a legalizar. Incluso todo el proceso gira sobre dos ejes principales: (i) la determinación de la viabilidad del proyecto por la autoridad ambiental y (ii) la implementación de un Plan de Manejo Ambiental, encaminado a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales.

En conclusión, es innegable que a diferencia de lo previsto en la demanda, el precepto legal cuestionado no permite que las minas funcionen sin control y al margen de la normatividad ambiental. Como ya se demostró, el panorama regulatorio es abiertamente distinto, pues salvo las medidas sancionatorias que se excluyen y que son objeto de controversia, el ordenamiento jurídico deja a salvo las competencias de prevención, mitigación y control al impacto ambiental, las cuales hacen parte fundamental del proceso de legalización minera.

6.7.3.3.2. Ahora bien, y según se expuso, aun cuando es válido que el legislador señale las hipótesis en que tiene aplicación cada uno de los deberes ambientales que se consagran en la Carta, dicho señalamiento debe responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De esta manera, y al margen de que el proceso de legalización priorice los deberes de prevención y mitigación, cabe examinar si no se incurre en un exceso o defecto en el ejercicio de la labor legislativa, que conduzca a una efectiva desprotección del medio ambiente.

En el caso concreto, la Corte debe aplicar un juicio de intensidad leve de razonabilidad por las siguientes razones¹⁹⁶: (i) la primera, porque de por medio se encuentra el ejercicio de una competencia específica otorgada por la Constitución Política al legislativo, conforme a la cual le compete determinar la forma como se procede a la explotación de los recursos naturales no renovables (CP arts. 332, 334 y 360); y (ii) la segunda, porque –como ya se mencionó– en el proceso de formalización minera se preservan las competencias de control, prevención y mitigación al impacto ambiental, que excluyen que la medida adoptada –por sí misma– tenga la entidad de afectar el goce de un derecho constitucional. En este orden de ideas, la Sala deberá examinar (i) si el fin que persigue la medida adoptada es legítimo, y (ii) si el medio es adecuado para alcanzar el propósito que se busca.

¹⁹⁴ Decisión 1994/308 del Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.

¹⁹⁵ La norma en cita dispone que: “**Artículo 5.-** Los países miembros adoptarán las medidas legislativas, administrativas y operativas necesarias para (...) formalizar o regularizar la minería en pequeña escala, artesanal o tradicional”.

¹⁹⁶ Sobre la intensidad de este juicio se pueden consultar las Sentencias C-354 de 2009 y C-640 de 2012

6.7.3.3.3. En cuanto al fin que se persigue, es claro que la imposibilidad de decomisar los productos derivados de la explotación de yacimientos mineros, de suspender dicha actividad como consecuencia de la falta de un título habilitante inscrito en el Registro Minero Nacional y de adelantar el ejercicio de la acción penal frente al delito consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000 tiene como propósito estimular el proceso de formalización minera, como un medio no sólo de regularizar el aprovechamiento de este recurso a partir de los mandatos vinculados con el deber de protección de los pequeños mineros de hecho, sino también como un instrumento de prevención y control ambiental, a partir de la supervisión que se asume por el Estado con ocasión de una solicitud de legalización. Así las cosas, como previamente se resaltó, más allá de ser un medio directo para combatir la ilegalidad, supone la creación de un espacio de fiscalización inexistente frente a la generalidad de la minería ilegal.

Estos objetivos, lejos de vulnerar los mandatos previstos en la Carta, en términos concordantes con lo expuesto, entrañan un ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, tanto en lo atinente a la explotación de los recursos naturales no renovables (CP arts. 332, 334 y 360), como a la definición de las medidas que son procedentes con miras a realizar el principio constitucional de protección al medio ambiente y a los recursos naturales (CP arts. 8, 79 y 80).

6.7.3.3.4. En lo que corresponde al examen de si el medio es adecuado para alcanzar el propósito que se busca, este Tribunal observa que las medidas sancionatorias que se excluyen están directamente vinculadas con la lógica que envuelve un proceso de legalización. Al respecto cabe decir, que como consecuencia de su aplicación, el primer efecto que en derecho se produce es el que se autoriza de manera temporal la explotación de una mina sin título, a partir de la especial consideración que el legislador le otorga a una situación de hecho que fue permitida y que, en cierta medida, como lo admitió esta Corporación en sede tutela, supone la creencia objetiva de su correspondencia con el derecho a partir de una especie de confianza legítima¹⁹⁷.

Esta autorización provisional que busca estimular la legalización minera a través un proceso reglado en el que se prioriza la protección del medio ambiente, no tendría sentido y carecería de la posibilidad de generar un efecto en la práctica, si se sanciona por la vía penal o administrativa, directa o indirectamente, la inexistencia del título habilitante para ejercer la actividad minera.

Por ello, como lo dispone el precepto acusado, resulta conveniente para lograr el fin propuesto que no se decomisen los minerales explotados¹⁹⁸, pues la idea de la legalización no es la de inhabilitar al minero de hecho en su actividad, sino la de permitirle mantener sus condiciones de subsistencia, mediante un proceso reglado que al final le otorgue un título de acuerdo con la ley. Por ello, el Decreto 276 de 2015 incluye como “*explotador minero autorizado*” dentro del

¹⁹⁷ Sentencia T-204 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹⁸ Artículo 161 del Código de Minas.

Registro Único de Comercializadores (RUCOM), como medio para combatir a la minería ilícita, a los solicitantes de los “*programas de legalización o formalización minera, mientras se resuelvan dichas solicitudes*”¹⁹⁹, al tiempo que, por dicha condición, se hacen responsables de las regalías y otras cargas económicas derivadas de la explotación.

De igual manera, es apropiado para lograr el objetivo de la ley, que se excluya la posibilidad de suspender las actividades del minero de hecho en proceso de legalización por la mera carencia del título inscrito²⁰⁰, de lo contrario la autorización temporal que se otorga no produciría efecto alguno.

Finalmente, también es adecuado que se imposibilite el ejercicio de la acción penal respecto del delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros minerales, en la medida en que su tipificación corresponde a una conducta que se estructura en uno de sus elementos normativos a partir de la ausencia del permiso de la autoridad competente para explorar, explotar o extraer recursos mineros. De ahí que, si la finalidad que se persigue es la de combatir la ilegalidad mediante el impulso de la formalización minera, difícilmente un minero informal o de hecho, que práctica la minería como oficio artesanal o de subsistencia, participaría de un proceso en el que quedaría expuesto a enfrentar una responsabilidad penal. Por ejemplo, en materia de estadísticas se destaca que como consecuencia de este programa ya se suscribieron un total de 334 contratos de concesión²⁰¹, cuya circunstancia probablemente no hubiese ocurrido si se mantuviese el carácter antijurídico del tipo en cuestión.

6.7.3.3.5. Ahora bien, en la medida en que lo anterior no excluye la discusión que en términos constitucionales se presenta, en relación con el impacto que tiene la exclusión frente al deber de protección del medio ambiente, es clave determinar si la sustracción de las medidas sancionatorias que de manera puntual se precisa en la ley, con miras a impulsar el proceso de legalización minera, suponen o no un sacrificio desmedido respecto del citado deber de amparo y protección del ecosistema.

Para este Tribunal, las medidas adoptadas no implican un sacrificio excesivo frente al citado interés superior, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, porque el proceso de formalización minera previsto en la Ley 685 de 2001, como ya se dijo, opera como un instrumento de prevención, control y mitigación del daño ambiental, a través del conjunto de medidas que se otorgan a las autoridades ambientales en su desarrollo. Entre ellas, como se ha dicho, se destacan: las visitas técnicas, la prohibición de concesión sobre zonas ecológicas especialmente protegidas, el juicio autónomo de viabilidad y la imposición del Plan de Manejo Ambiental, que, según el Decreto 2041 de 2014²⁰², debe tener las mismas reglas generales previstas para las licencias

¹⁹⁹ Artículo 1.

²⁰⁰ Artículo 306 del Código de Minas.

²⁰¹ Oficio ANM No. 20152129284021 de la Agencia Nacional de Minería

²⁰² “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”.

ambientales²⁰³. Esto significa que más allá de que el proceso de legalización se extienda en el tiempo, no se está autorizando el funcionamiento de minas sin control, por el contrario, la participación activa de las autoridades ambientales, crea un escenario de supervisión permanente del Estado con miras a la garantía efectiva del medio ambiente y de los recursos naturales. De esta manera se apela a una visión del derecho sancionatorio que responde a su carácter de *ultima ratio*, mientras se busca la obtención de un propósito acorde con la Constitución.

(ii) En segundo lugar, porque las tres medidas sancionatorias que se excluyen: el decomiso, la suspensión de la actividad por la falta del título inscrito y la persecución penal por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, se explican por la autorización provisional que el Estado le otorga a los mineros de hecho o informales para continuar con su actividad, mientras la solicitud de legalización es “*resuelta por la autoridad minera*”, como expresamente lo dispone el precepto demandado. Esto le otorga al régimen exceptivo previsto en la ley un carácter eminentemente *restrictivo*, que aminora su trascendencia real frente al deber de sanción y que, por el contrario, bajo la lógica de la prevención, el control y la mitigación del daño, se vincula con el desarrollo de una política social acorde con el deber de realización de varios derechos constitucionales, como lo son el trabajo y el mínimo vital de las personas dedicadas al oficio de la pequeña minería o minería de subsistencia.

(ii.i) El carácter restrictivo se expresa tanto en el *contenido* de las medidas, como en la *duración* de las mismas. Respecto de lo primero, porque a diferencia de lo expuesto en la demanda, en donde se hace referencia a la pérdida total de las medidas administrativas y penales de control, lo cierto es que tan sólo se excluyen las tres que han sido mencionadas, cuya lógica —como se ha expuesto— se encuentra en la autorización provisional o temporal para continuar con la actividad minera mientras se concluye el proceso. Ya se ha dicho que resultaría ilógico en la búsqueda del tránsito hacia la legalidad, que no se suspendiera o excluyera la responsabilidad frente a las medidas sancionatorias vinculadas con la falta de un título habilitante para adelantar la explotación del citado recurso. No obstante, por fuera de las tres medidas señaladas de forma taxativa en la ley, se preservan en su integridad y sin restricción alguna, los otros medios sancionatorios de protección al medio ambiente.

Así, desde el punto de vista administrativo, tan sólo se impide el decomiso de los minerales y la suspensión de la actividad por la falta del título inscrito, lo que no excluye que se puedan adoptar por las autoridades ambientales las medidas preventivas, compensatorias y sancionatorias que se consagran en la Ley 1333 de 2009, por virtud de la cual se dispone el procedimiento sancionatorio ambiental. Allí además de existir un catálogo amplio de infracciones²⁰⁴, se

²⁰³ El artículo 39 dispone que: “Para los proyectos, obras o actividades que cuenten con un plan de manejo ambiental como *instrumento de manejo y control ambiental* establecido por la autoridad ambiental, se aplicarán las mismas reglas generales establecidas para las licencias ambientales en el presente título. (...)” Énfasis por fuera del texto original.

²⁰⁴ “**Artículo 5.- Infracciones** Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente.

prevén medidas preventivas de ejecución inmediata²⁰⁵, se dispone el deber de compensar los daños en que se incurran²⁰⁶ y se puede incluso ordenar el cierre temporal o definitivo del establecimiento, servicio o actividad que lesione el medio ambiente²⁰⁷.

Por su parte, en lo que atañe al campo penal, la imposibilidad de ejercer la acción punitiva respecto del delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales²⁰⁸, se encuadra dentro de tres supuestos que explican el por qué no resulta desproporcionado la supresión de su antijuridicidad:

(a) Como se mencionó en el acápite 6.7.2.2 de esta providencia, la citada conducta punible tiene una descripción típica compuesta de varios elementos: un *sujeto activo* no calificado, la identificación del Estado como *sujeto pasivo*, los *verbos rectores* de explotación, explotación y extracción, y un *objeto material* compuesto por yacimientos mineros y arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos. Más allá de lo anterior, la conducta se complementa con dos *elementos normativos*, como lo son, en primer lugar, realizar la explotación, exploración o extracción *sin el permiso de la autoridad competente*, o lo que es lo mismo, sin un título habilitante; o, en su lugar, *con el incumplimiento de la normatividad existente*, lo que implica la presencia de un permiso, licencia o autorización, pese a lo cual la actuación desarrollada se realiza por fuera del marco autorizado por la ley.

Pero quizás el punto más relevante del tipo, es que en relación con su contenido, como ya se dijo, constituye un delito de *peligro abstracto*, por virtud del cual no se requiere de un daño o menoscabo efectivo sobre el medio ambiente, sino de una probabilidad de lesión a partir de una situación o acción que se considera peligrosa. En este caso, como se observa de la transcripción de la conducta, los actos que se ejecuten (extracción, explotación, etc.) deben realizarse “*por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente*”. De esta forma, no se requiere la acreditación física del peligro, lo que excluye la sanción del comportamiento por la vía de la tentativa.

*Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil. // **Parágrafo 1.-** En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla. (...)*

²⁰⁵ “**Artículo 32. Carácter de las medidas preventivas.** Las medidas preventivas son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio, surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.”

²⁰⁶ “**Artículo 31. Medidas compensatorias.** La imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción. La sanción y las medidas compensatorias o de reparación deberán guardar una estricta proporcionalidad.”

²⁰⁷ Artículo 40. Adicional a lo expuesto, la actividad minera que se sujeta al proceso de formalización también se somete a las normas de seguridad minera, previstas para conservar y mejorar las condiciones de vida, salud, higiene y seguridad de las personas que desarrollan dicha actividad. Ello se infiere de lo previsto en el Decreto 035 de 1994.

²⁰⁸ “**Artículo 338.-** 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 las cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”

Ante este panorama, y como lo señala la Fiscalía General de la Nación, es claro que quienes ejercen la minería tradicional e iniciaron el proceso de legalización, se encuentran autorizados por la ley para continuar ejerciendo la actividad minera, por lo que es imposible adecuar el tipo a partir de su primer elemento normativo, referente al desarrollo de las actividades de explotación, exploración o extracción *sin el permiso de la autoridad competente*. En efecto, no puede existir ilicitud cuando es la ley la que otorga una autorización provisional, mientras se resuelve la solicitud de legalización²⁰⁹.

(b) El verdadero problema se encontraría en el segundo elemento normativo del tipo, ya que igualmente es punible ejercer las labores de exploración, explotación o extracción *con el incumplimiento de la normatividad existente*. No obstante, para evitar la criminalización de simples infracciones administrativas, se exige que la actuación se desarrolle “*por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente*”.

La introducción de este elemento indudablemente repercute en el análisis del asunto *sub-judice*, por cuanto no es cualquier situación de peligro la que se sanciona, sino sólo aquella que tenga la potencialidad, a partir de los medios utilizados, de causar graves daños al ambiente. De esta manera, se protege el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, en el que se admite su ejercicio cuando las demás alternativas de control han fallado o resulten insuficientes.

Aquí se encuentra precisamente el supuesto que evita considerar a la medida como desproporcionada, pues al ser el trámite de formalización minera un procedimiento reglado, en él se consagran medidas de prevención y control cuyo objeto es, precisamente, que no se generen daños al medio ambiente o que los mismos se inscriban dentro del margen de lo razonable, a partir de los instrumentos de mitigación. Por lo demás, hoy en día, se tiene que los medios utilizados por la pequeña minería, vinculada con prácticas artesanales y de subsistencia, a la cual se dirige el proceso de legalización, por lo general, no tiene la capacidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado. En efecto, se trata de actividades que se realizan mediante herramientas básicas y rudimentarias que, común y usualmente, no tienen la entidad de causar graves daños a los recursos naturales²¹⁰.

(c) Finalmente, al ser el delito en cuestión un tipo de *peligro abstracto*, nada excluye que en caso de existir una afectación real al medio ambiente, dicha conducta sea objeto de sanción penal. Precisamente, como lo advierte la Fiscalía, en casos como el expuesto el minero informal es susceptible de ser judicializado a través de otros delitos que protegen al mismo bien jurídico, cuyo contenido es de resultado y, por lo mismo, admite el desarrollo de la acción por la vía de la tentativa. En tal sentido, se encuentran los delitos de daños en los

²⁰⁹ La doctrina ha explicado que el proceso de adecuación típica supone una labor de verificación con miras a determinar si una conducta efectivamente encaja dentro de un tipo legal determinado.

²¹⁰ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Minería y Desarrollo, Medio ambiente y desarrollo sostenible en la actividad minera, Bogotá, 2016, págs. 439 y ss.

recursos naturales²¹¹, contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos²¹², contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo²¹³ y, en general, la contaminación ambiental²¹⁴.

De esta manera, a diferencia de lo que se señala en la demanda, con la medida dispuesta en el precepto demandando, tampoco se sacrifica ni se renuncia al deber de protección del medio ambiente, por la vía de judicialización penal de los graves comportamientos que puedan conducir a su afectación. Lo que existe es la eliminación en la antijuridicidad de una única conducta, que más allá de no permitir su plena adecuación típica y de suponer un escenario de difícil realización, hace parte de un ámbito normativo de mayor extensión, en el que existen otros de delitos de similar naturaleza y de mayor cobertura de protección frente al mismo bien jurídico. En cada caso será la autoridad competente quien determine si se está en presencia de un concurso aparente o ideal, a partir del uso de principios jurídicos como la especialidad, la subsidia-ridad o la consunción.

En suma, y por las razones expuestas, no se observa que ninguna de las medidas sancionatorias que se excluyen como consecuencia del proceso de formalización minera, constituyan un sacrificio desmedido o en exceso en relación con el deber de protección del medio ambiente.

²¹¹ **“Artículo 331. daños en los recursos naturales.** El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes. // La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando: // – Se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del Sistema Nacional, Regional y Local de las áreas especialmente protegidas. // – Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.”

²¹² **“Artículo 332A. contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos.** El que con incumplimiento de la normatividad existente almacene, transporte o disponga inadecuadamente, residuo sólido, peligroso o escombros, de tal manera que ponga en peligro la calidad de los cuerpos de agua, el suelo o el subsuelo tendrá prisión de dos (2) a nueve (9) años y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior se ponga en peligro la salud humana.”

²¹³ **“Artículo 333. Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo.** 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.”

²¹⁴ **“Artículo 332. Contaminación ambiental.** El que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fánicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cincuenta y cinco (55) a ciento doce (112) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código concorra alguna de las circunstancias siguientes: // 1. Cuando la conducta se realice con fines terroristas sin que la multa supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // 2. Cuando la emisión o el vertimiento supere el doble de lo permitido por la normatividad existente o haya infringido más de dos parámetros. // 3. Cuando la contaminación, descarga, disposición o vertimiento se realice en zona protegida o de importancia ecológica. // 4. Cuando la industria o actividad realice clandestina o engañosamente los vertimientos o emisiones. // 5. Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. // 6. Que se haya ocultado o aportado información engañosa o falsaria sobre los aspectos ambientales de la misma.”

(ii.ii) Aunado a lo anterior, también debe señalarse que el carácter restrictivo de las medidas cuestionadas se expresa en términos de *duración*. Precisamente, la inaplicación de las mismas depende de que la solicitud de legalización sea resuelta por la autoridad minera, para lo cual se fijó un plazo máximo hasta el próximo 9 de junio de 2017²¹⁵, lo que significa que en la actualidad no se trata de un proceso indefinido. De esta manera, además de que la exclusión de las medidas se ajusta al carácter transitorio del proceso de formalización, este último también tiene un término de duración definido en la ley, pues se exige su culminación en un plazo determinado. Por lo demás, se debe destacar que, como ya se dijo, en cualquier evento en que la solicitud se rechace o se determine su falta de viabilidad, el Decreto 2390 de 2002 autoriza el decomiso y el cierre de las minas, más allá de la imposición de las medidas de mitigación y corrección que sean necesarias respecto del impacto ambiental que se haya generado²¹⁶.

Por consiguiente, el primer cargo formulado contra la expresión demandada no está llamado a prosperar, ya que de los argumentos expuestos en esta sentencia, se infiere que no existe una vulneración de los principios superiores de protección al medio ambiente y a los recursos naturales, ni que tampoco se torne inoperante o ineficaz el control administrativo y penal del Estado durante el proceso de legalización de las minas sin título, en perjuicio del rol de amparo que le asiste al Estado sobre el ecosistema²¹⁷.

6.7.3.4. Queda por examinar el segundo cargo planteado, por virtud del cual se alega que se desconoce el deber estatal de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente, al permitir la renuncia y/o suspensión de la persecución penal, por fuera del marco del principio de oportunidad, en los términos previstos en el artículo 250 de la Constitución. Lo anterior, en un contexto en el que se infringe la garantía del orden justo (CP art 2), al permitir que, por falta de sanción, se produzcan lesiones al medio ambiente y a los recursos naturales.

En lo que respecta a esta última acusación, la Corte observa que la misma no está llamada a prosperar, por cuanto, como previamente se demostró, existen otras alternativas penales que, con una cobertura de mayor protección, igualmente protegen al medio ambiente como bien jurídico tutelado por el derecho penal. Ello ocurre con los delitos de daños en los recursos naturales, contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo y, en general, la contaminación ambiental

Por lo demás, como lo sostienen la Fiscalía y varios intervinientes, la imposibilidad de proseguir la acción penal respecto del delito de explotación

²¹⁵ Ley 1753 de 2015, art. 19.

²¹⁶ Artículo 4, parágrafo 4.

²¹⁷ Incluso el artículo 14 del Decreto 2390 de 2002 que se hace referencia a las prerrogativas cuestionadas, excluye expresamente la posibilidad de incluir dentro de las mismas a las demás acciones que sean necesarias para proteger al medio ambiente. Expresamente, la norma en cita dispone que: *“Mientras la solicitud de legalización presentada por explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional no haya sido resuelta por la autoridad minera delegada competente, no habrá lugar a suspender las labores de explotación, a decomisar el mineral explotado, ni a proseguir la acción penal a que se refiere el artículo 338 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que sean aplicables en virtud de la normatividad ambiental vigente”*.

ilícita de yacimiento minero y otros minerales (Código Penal, art. 338), se encuentra en que el legislador con la finalidad de impulsar el proceso de legalización minera, le suprimió el carácter antijurídico o de ilicitud al citado comportamiento, al excluir la punibilidad o responsabilidad derivada de su ocurrencia. Una decisión en tal sentido responde al ámbito de configuración normativa del legislador en materia criminal, por virtud de la cual tiene competencia para determinar que comportamientos son merecedores de reproche penal, más aún cuando, como se dijo en el acápite precedente, la medida adoptada no viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, no puede existir una violación del artículo 250 del Texto Superior, pues como se explicó en el acápite 6.6.3 de esta providencia, el deber de la Fiscalía de investigar e impulsar el ejercicio de la acción penal, y de tener como excepción al principio de oportunidad, sólo es procedente cuando una conducta es penalmente reprochable. Expresamente, la norma en cita dispone que: “*La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...)*”. Así las cosas, es claro que a diferencia de lo expuesto por el actor, el escenario que por él se cuestiona no corresponde a una hipótesis de renuncia o suspensión de la acción penal sino de la eliminación de la configuración de un delito, cuando se encuentra en trámite el proceso de legalización de una mina, acorde con el mandato de *ultima y extrema ratio* del derecho penal.

Aunado a lo anterior, la punibilidad de un comportamiento no sólo se excluye por la vía del principio de oportunidad, como lo sostiene el demandante, pues una lectura armónica y sistemática de la Carta, como lo resaltó la Corte en la Sentencia C-635 de 2014²¹⁸, admite que el legislador consagre otras vías para el efecto, a partir de la lógica que envuelve el principio de legalidad y de la competencia que tiene el Congreso para desarrollar la forma como operan las prescripciones que integran el debido proceso²¹⁹. Así se dispuso en el fallo en mención, en el que se declaró la exequibilidad de la posibilidad de ponerle fin al proceso penal mediante la retractación o rectificación del imputado frente a los delitos contra la integridad moral. Por consiguiente, no cabe la lectura que el actor sugiere del artículo 250 de la Carta, más aún cuando lo que existe es la eliminación del carácter antijurídico o de ilicitud de un comportamiento, el cual quedaría por fuera del ámbito del deber genérico de la Fiscalía General de la Nación de promover el ejercicio de la acción penal.

Sobre el particular se reitera que el artículo 250 tiene como único destinatario a la Fiscalía y no al legislador. En efecto, lo que se regula es la posibilidad del titular de la acción penal de hacer uso del principio de oportunidad, sin que se establezcan restricciones al desarrollo del principio básico de autonomía legislativa, por lo que el Congreso no sólo está autorizado para prever que algunos delitos no sean objeto de sanción, sino también para consagrar otros instrumentos que conduzcan a la cesación o suspensión de la persecución penal,

²¹⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²¹⁹ CP arts. 6, 29 y 150.

con miras a realizar fines que resulten acordes con la Carta, como ocurre, en el asunto bajo examen, con la necesidad de formalizar la actividad minera.

Por lo demás, se insiste, se trata de una medida temporal que suspende el carácter delictivo del comportamiento consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, bajo los requisitos dispuestos en la ley y hasta tanto se concluya el proceso de legalización, decisión que responde al ámbito de configuración normativa del legislador en materia criminal y que se ajusta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en los términos previamente expuestos en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código*” consagrada en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, por los cargos analizados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General