



Bogotá D.C., 11 de noviembre de 2015.

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Corte Constitucional

E. S. D.

Referencia: Expediente D-10891. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 685 de 2001, “[p]or la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.

Demandante: Jorge Armando Otálora Gómez, en calidad de Defensor del Pueblo.

Respetado Magistrado:

RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.425.255, expedida en Bogotá, obrando en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014¹, de forma respetuosa me permito intervenir en el presente proceso con el fin de solicitar a esa Corporación que **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD** del aparte acusado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001.

¹ La norma en cita dispone: “ARTÍCULO 9. DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES. La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: (...) 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación”.



Esta intervención seguirá la siguiente estructura metodológica: (i) se señalará la ley que solicita el demandante sea declarada inexecutable; (ii) se hará un breve resumen de los principales fundamentos de la demanda; y (iii) se presentarán los argumentos que sustentan la constitucionalidad de la norma acusada.

I. EL OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS.

A. La norma demandada.

A continuación se transcribe la disposición y se subraya el contenido normativo objeto de cuestionamiento.

“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:

(...)

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”.

B. Normas constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación.

El señor Defensor del Pueblo plantea que el aparte acusado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001 vulnera los artículos 2º, 8º, 79, 80 y 250 de la Constitución Política. Concretamente plantea los siguientes cargos de inconstitucionalidad:



1. **Cargo primero:** “Al impedir el control penal durante el proceso de legalización de minas sin título, la norma demandada vulnera los principios constitucionales de protección del medio ambiente y los recursos naturales”².

El accionante aduce las siguientes razones esenciales para sustentar su primer cargo. Señala que en la Sentencia T-411 de 1992³, se estableció que de los artículos 8º, 79 y 80 Superiores se deriva el concepto de Constitución ecológica, porque imponen al Estado colombiano los deberes de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, fomentar la educación para esos fines, garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano, “prevenir y controlar factores de deterioro ambiental, imponer sanciones, exigir reparación de los daños causados, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos para garantizar su desarrollo sostenible, [la] conservación, restauración o sustitución”⁴.

El demandante agrega que, con base en las normas internacionales, el Estado colombiano tiene también la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para proteger el ambiente sano e impedir la interferencia de terceros, regulando su comportamiento.

Todas estas obligaciones también imponen al Estado la necesidad de generar un sistema normativo que obligue a los particulares a no dañar el ambiente, y a instituir políticas que permitan el control del cumplimiento de esas disposiciones.

Sostiene que en la Sentencia C-328 de 1995⁵, la Corte Constitucional reconoce el ambiente sano como un bien jurídico constitucionalmente protegido, del cual se deriva para el Estado y los particulares “unos deberes calificados de protección”⁶.

² Folio 8 del escrito de demanda.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1991, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Folio 8 del escrito de demanda.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 1995, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Folio 9 del escrito de demanda.



Continúa argumentando que el Estado, con el propósito de darle protección al bien jurídico del medio ambiente sano, en el Capítulo XI del Código Penal consagró un sistema de delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, con sus correspondientes sanciones penales. En la Sentencia C-646 de 2001⁷, la Corte hizo referencia a tales medidas como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social”⁸. Resalta que el Alto Tribunal, en la Sentencia C-320 de 1998⁹, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 244 de la Ley 100 de 1989 sobre la explotación ilícita de yacimientos minerales, consideró que el daño al ecosistema, incluso en una explotación lícita, tiene el carácter de conducta antijurídica desde el punto de vista constitucional.

El señor Defensor del Pueblo considera que, en principio, podría pensarse que la norma demandada persigue parcialmente el fin legítimo de legalizar las actividades mineras para promover las actividades económicas. No obstante, concluye que en la práctica, la norma demandada desconoce los mandatos de la denominada Constitución ecológica, porque no logra armonizarla con el desarrollo económico sostenible. Al respecto, afirma lo siguiente: “la actividad minera de aquellas explotaciones que solo han iniciado el trámite de legalización no contemplan la ejecución de prácticas ambientales, elaboración de medidas de mitigación, prevención de riesgos, de contingencias y la implementación de sistemas de información ambiental acordes con la legalización ambiental”¹⁰.

Estima el accionante que el aparte demandado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001 vulnera los artículos 8º, 79 y 80 de la Constitución Política, que contienen el principio según el cual el Estado debe “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”¹¹.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Folios 10 y 11 del escrito de demanda.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-320 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Folio 12 del escrito de demanda.

¹¹ Folio 13 del escrito de demanda.



2. Cargo segundo: “El aparte acusado de la norma viola el principio constitucional según el cual [es] deber del Estado investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente”¹².

El segundo cargo se encuentra sustentado en la apreciación del accionante respecto a la obligación de persecución penal que recae en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en virtud del artículo 250 Superior. Considera que la imposibilidad de iniciar la acción penal por el delito que se encuentra consagrado en el artículo 338 del Código Penal, a causa del expreso mandato que al respecto señala el artículo 165 del Código Minero, vulnera el citado artículo 250 Superior. En igual sentido, considera que el mencionado artículo del Código Minero vulnera el artículo 2º de la Constitución, en virtud del cual es deber del Estado mantener el orden social justo.

Considera el Defensor del Pueblo que la única excepción que existe al deber de investigar es el principio de oportunidad, siempre y cuando se cumpla con alguna de las causales taxativas previstas para tal efecto. En palabras del accionante:

“A juicio de la Defensoría, el aparte demandado del Artículo 165 del Código Minero resulta en términos prácticos una renuncia y/o suspensión al ejercicio de la persecución penal que, sin embargo, no se ajusta a los elementos que configuran un ejercicio válido del principio de oportunidad en materia penal (...)”¹³.

Además, argumenta que el Legislador infringió sus límites de configuración legislativa en materia penal, por encuadrar esta situación en el principio de oportunidad. Así, “[p]ara la Defensoría del Pueblo, la excepción que a la persecución penal que establece el artículo 165 del Código Minero no cumple con los requisitos de señalar las causales y condiciones específicas de aplicación de la excepción que deben resultar compatibles con la Constitución, particularmente con la vigencia de un orden justo y el principio de legalidad”¹⁴.

¹² Folio 13 del escrito de demanda.

¹³ Folio 13 escrito de la demanda.

¹⁴ Folio 14 escrito de la demanda.



C. Problemas jurídicos.

Los argumentos expuestos por el señor Defensor del Pueblo plantean a la Corte Constitucional los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Desprotege el Legislador los deberes constitucionales de protección del medio ambiente y los recursos naturales en cabeza del Estado, al haber dispuesto en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 que, hasta tanto la solicitud de legalización no haya sido resuelta por la autoridad competente, no habrá lugar a proseguir la acción penal a que se refiere el artículo 338 del Código Penal?
2. ¿Vulnera la Constitución el artículo 165 del Código de Minas, respecto de los deberes del Estado de investigar, sancionar y garantizar el orden justo, por no ejercer la acción penal prevista en el artículo 338 del Código Penal en contra de los explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero, mientras éstos tramitan el respectivo proceso de legalización?

II. ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS POR EL DEMANDANTE.

1. El término improrrogable que establece el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 para la legalización o formalización de la minería de hecho, hace que la norma tenga vocación transitoria, con prerrogativas para los destinatarios de la misma que se extienden hasta la efectiva resolución del trámite.

a. Antecedentes normativos de la Ley 685 de 2001.

A continuación se hará una breve reseña de los principales antecedentes normativos de la Ley 685 de 2001, relacionados concretamente con la formalización o legalización minera¹⁵.

¹⁵ La información que se expone en este numeral fue tomada del informe: Política Nacional para la Formalización de la Minería en Colombia, Ministerio de Minas y Energía, (Bogotá, Ministerio de Minas y Energía, 2014), Págs. 7-16.



- i. El **Código de Minas de 1988**, por primera vez se refirió a la clasificación de la minería pequeña, mediana y a gran escala, estableciendo obligaciones para cada uno de estos grupos.
- ii. Mediante la **Ley 141 de 1994**, el Estado hizo un primer intento para legalizar a aquellos explotadores mineros de pequeña escala (con actividades mineras permanentes hasta noviembre 30 de 1993), exigiéndoles para el efecto únicamente la presentación de la solicitud de licencia, permiso o contrato.
- iii. El **Decreto 2636 de 1994**, reglamentario de la Ley 141, entre otros asuntos, definió a los explotadores mineros de hecho como *“las personas que sin título minero vigente, lleven a cabo explotaciones de depósitos y yacimientos mineros”*, señalando los documentos que debían presentarse con la solicitud de legalización. De igual forma, esta norma dispuso que no habría lugar a la legalización de explotaciones mineras consideradas inseguras o peligrosas para la vida de los mineros.
- iv. En el año 1996 se puso a consideración del Congreso una **reforma al Código de Minas** vigente en ese momento, en la cual se daba una aproximación al concepto de minería informal y se proponía dejar “de lado la costumbre proteccionista de la minería informal o ilegal”¹⁶ y propendía por el crecimiento, asociatividad, financiamiento y manejo racional de los recursos y del medio ambiente.

b. La Ley 685 de 2001 y el Decreto Reglamentario 2390 de 2002.

El régimen jurídico colombiano mediante el cual se reglamenta la explotación de los recursos naturales no renovables tiene como principal fundamento el artículo 332 Superior, según el cual “[e]l 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”, en armonía con lo consagrado en el artículo 8 de la misma Carta, que consagra la obligación del Estado y de todos los

¹⁶ Op. Cit. Pág 11.



ciudadanos de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, y en concordancia con lo señalado en el artículo 80 de la Constitución, que pone en cabeza del Estado la función de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizando el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, mediante la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, imponiendo las sanciones legales a que haya lugar y exigiendo la reparación de los daños causados; y en el artículo 360 Superior, el cual dispone que “[l]a ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos”.

Tomando como base los anteriores mandatos constitucionales, se expidió la Ley 685 de 2001, en la cual el Legislador “consciente de la realidad, en cuanto a la existencia de labores ilegales de explotación de los recursos naturales no renovables que por lo tanto carecían de la debida supervisión y vigilancia para verificar si se estaban adelantando en debida forma y cumpliendo con los requerimientos mínimos desde el punto de vista ambiental, (...) decidió darles la oportunidad a las personas dedicadas a tales labores, de legalizarlas y obtener la concesión de las mismas, mediante el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales exigidos por el [mismo] Código de Minas (...)”¹⁷.

El capítulo XVII de la Ley 685 reglamenta la “Exploración y Explotación Ilícita de Minas”. Concretamente el artículo 159 señala al respecto:

“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”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de noviembre de 2007, Radicado 11001-03-26-000-2005-00024-00(29975), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



De otro lado, el artículo 165 *ibidem* reglamenta el proceso de formalización para los explotadores de minas de propiedad estatal, sin título inscrito, en los siguientes términos:

“**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” (subrayado fuera de texto).

Del anterior texto normativo se infiere que se otorgó un término improrrogable de 3 años (contados a partir del 1º de enero de 2002) para que la mina o minas sin título minero inscrito pudieran legalizarse, concediendo, a partir de la formulación de la solicitud y hasta su efectiva resolución, las siguientes prerrogativas al interesado:



i. No es posible adelantar las medidas previstas en los artículos 161 y 306 del mismo Código Minero. La primera de estas disposiciones regula el decomiso provisional de minerales y 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 Nacional.

ii. No se pueden proseguir las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 ibídem. En este punto se hace necesario precisar que aunque los artículos 159 y 160 en mención hacen referencia al artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980¹⁸, el Decreto 2390 del 2002¹⁹ mediante el cual se reglamenta dicho artículo 165, precisa que la acción penal que no se puede adelantar en estos casos es la contemplada en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000²⁰ (Código Penal vigente).

La Ley 685 no fijó de forma expresa un procedimiento de legalización, ya que se limitó a establecer unas pautas generales. Por tal razón, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 2390 de 2002, “en cuyos considerandos manifestó que el objeto del Decreto era, no sólo la necesaria reglamentación del procedimiento a que se someterán los explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, sino también **‘garantizar a los interesados en la legalización de minería de hecho**, el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales del debido proceso, defensa, contradicción y presunción

¹⁸ La norma en cita disponía: “Artículo 244. Explotación o exploración ilícita minera o petrolera. El que ilícitamente explore, explote, transforme, beneficie o transporte recurso minero o yacimiento de hidrocarburos, incurrirá en prisión de uno a seis años y multa de cincuenta a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹⁹ “Por el cual se reglamenta el artículo 165 del Código de Minas”.

²⁰ La disposición en comento señala: “ARTICULO 338. EXPLOTACION ILICITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.



de buena fe en las actuaciones que adelanten ante las autoridades mineras delegadas' (...)»²¹.

Entre los principales aspectos que reguló el Decreto 2390 de 2002 se encuentran los siguientes:

(i) Definió quiénes se podían considerar explotadores de minas de propiedad estatal sin título. Sobre el particular, como ya se mencionó, en sus considerandos el Decreto en comento indica que el mismo tiene como “objeto garantizar a los interesados en la legalización de minería de hecho, el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales (...)”. Es decir, se puede concluir que los destinatarios del artículo 165 son quienes se dedican a la minería de hecho.

Es importante señalar que el artículo 58 de la Ley 141 de 1994²² utiliza el concepto de “minería de hecho” para referirse a las personas que, sin título minero vigente, llevan a cabo actividades mineras.

La Defensoría del Pueblo ha precisado que este tipo de minería “involucra un grupo heterogéneo de comunidades que van desde campesinos, indígenas, afrocolombianos, colonos y empresarios informales (...). En muchos casos, los mineros tienen el título legal de propiedad de la tierra en que trabajan, o laboran en sitios que tradicionalmente han habitado, y en otros trabajan la tierra informalmente y son considerados ocupantes ilegales por las autoridades locales y el Estado”²³.

(ii) Reiteró que, mientras la solicitud de legalización no haya sido resuelta por la autoridad minera 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**

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de noviembre de 2007, Radicado 11001-03-26-000-2005-00024-00(29975), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²² “Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”.

²³ Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente, La minería de hecho en Colombia, (Bogotá, Imprenta Nacional, 2010), Pág. 24.



(Código Penal)", lo anterior "sin perjuicio de las acciones que sean aplicables en virtud de la normatividad ambiental vigente"²⁴.

Finalmente, es necesario señalar que la Ley 685 de 2001 o Código de Minas, fue modificada por la Ley 1382 de 2010²⁵, la cual reiteró en su artículo 12 que: (i) los explotadores de minería tradicional, que adelanten labores sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, pueden solicitar en el término improrrogable de 2 años, a partir del 9 de febrero de 2010, que les sea otorgado el correspondiente contrato de concesión, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en esa misma ley; y (ii) que, hasta tanto la autoridad minera no resuelva las solicitudes de legalización, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306 del Código Minero, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de esta misma Ley, sin perjuicio de la aplicación de las medidas preventivas y sancionatorias de carácter ambiental.

Sin embargo, la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011²⁶, al constatar que no se cumplió con el trámite de la consulta previa. Asimismo, la Corte ordenó diferir los efectos de la sentencia a dos (2) años, con el propósito de salvaguardar normas que, a su juicio, precaven daños ambientales que podrían derivarse de su inconstitucionalidad inmediata.

El anterior recuento normativo permite concluir que:

(i) El artículo 165 de la Ley 685 de 2001 estableció un término **improrrogable de 3 años** para que los mineros de hecho presentaran su solicitud de legalización ante la autoridad competente. Es decir que,

²⁴ El artículo 14 del Decreto 2390 de 2002, expresamente señala sobre el particular lo siguiente: "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" (negrilla fuera de texto).

²⁵ "Por el cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas".

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



respecto al término en mención, la disposición acusada tiene **vocación transitoria**.

(ii) Quien solicite la referida legalización o formalización tiene dos prerrogativas, desde la presentación de la solicitud hasta la fecha en que se produzca su efectiva resolución (sin que la norma fije un término máximo para el efecto), a saber: no habrá lugar a aplicar las medidas previstas en los artículos 161 y 306 del Código de Minas, ni a proseguirles **la acción penal a que se refiere el artículo 338 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal)**, sin perjuicio de las acciones que sean aplicables en virtud de la normatividad ambiental vigente.

Así las cosas, aunque el término que establece el artículo 165 de la Ley 865 de 2001 para presentar la solicitud de legalización es transitorio (3 años), las prerrogativas que de ello se derivan perduran hasta tanto el trámite sea efectivamente resuelto.

2. Las falencias administrativas que afectan la pronta y eficaz resolución de las solicitudes de legalización o formalización minera con fundamento en la Ley 685 de 2001, son situaciones ajenas a lo consagrado en la norma acusada y no configuran razones para su inexequibilidad.

Según datos del Ministerio de Minas y Energía, con el programa de legalización de la Ley 685 de 2001, a noviembre de 2013, se había recibido un total de 3.114 solicitudes, de las cuales aproximadamente el 80% fueron rechazadas y únicamente el 5% tenían contratos de concesión inscritos en el Registro Minero Nacional²⁷.

Entre las circunstancias que según el mismo Ministerio han incidido de forma negativa para el avance de estos programas se encuentran: “[l]a limitación presupuestal, la destinación de recursos del FNR²⁸ a otros proyectos mineros, lo cual impidió concentrar esfuerzos en el programa de

²⁷ Política Nacional para la Formalización de la Minería en Colombia, Ministerio de Minas y Energía, (Bogotá, Ministerio de Minas y Energía, 2014), Pág 17.

²⁸ Fondo Nacional de Regalías (FNR).



legalización, la transición de autoridad minera delegada de Minercol, en liquidación, a INGEOMINAS, incidió en el trámite inicial del estudio de área libre, la realización de convenios con la autoridad ambiental para la visita técnica conjunta, las dificultades de conectividad entre las gobernaciones delegadas y el INGEOMINAS para la consulta del Registro Minero Nacional, la falta de divulgación y socialización de los procesos de legalización, la escasa infraestructura estatal para abordar los procesos y los requerimientos y necesidades de los interesados, la falta de información confiable de las regiones mineras, deficiencia de instrumentos para hacer cumplir la legislación, la centralización administrativa, la tramitología, que se constituye como una barrera de ingreso al negocio”²⁹.

En relación con este punto, el señor Defensor del Pueblo, en el escrito de demanda, afirma que “[l]a reglamentación del gobierno nacional que se concretó en el Artículo 165 del Código Minero protegió a quienes no intentaron legalizarse antes de la Ley 685 de 2011 dándoles mayores plazos y beneficios adicionales. Lo anterior, junto con la permanente prolongación de los plazos límites establecidos para la legalización y falta de capacidad institucional para el control y vigilancia ha incentivado (sic) para que la ilegalidad persistiera”³⁰.

Sobre este particular, la Fiscalía considera que las falencias citadas por el demandante, que afectan la pronta y eficaz resolución de las solicitudes de legalización o formalización minera presentadas con fundamento en la Ley 685 de 2001, no tienen ninguna relación con el desconocimiento de normas constitucionales. Se trata de situaciones administrativas, ajenas al contenido de la norma acusada, que no constituyen vicios de inconstitucionalidad. Al respecto, es importante distinguir entre el contenido del artículo acusado y su aplicación en la práctica. No se pueden confundir los problemas de eficacia con los de inconstitucionalidad.

²⁹ Ministerio de Minas y Energía, Op. cit., pág. 17.

³⁰ Folio 8 del escrito de demanda.



3. La prohibición de ejercer las acciones penales mencionadas en el artículo 165 del Código Minero, no constituye una vulneración al medio ambiente ni al deber de investigar y sancionar en cabeza del Estado.

- a. Frente a los deberes de protección del medio ambiente.

El medio ambiente es un derecho colectivo que el Constituyente se esmeró por proteger en diversas disposiciones de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ha considerado su concepto como complejo³¹, y ha llegado incluso a reconocer la existencia de una Constitución Ecológica³². En concordancia con la postura del constituyente, la Corte Constitucional determinó las obligaciones que de la protección constitucional surgen para el Estado y para todos los colombianos, en esta materia:

“[D]e entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8º). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su

³¹ “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 (...)”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-666 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-123 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³² “La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento -en la medida que regula la creación jurídica-, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto en ella surge una Constitución económica, con su trípito: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural, como ya lo ha establecido la Corte Constitucional en su fallo N° 02 de tutela donde se desarrolló el concepto de Constitución cultural elaborado por Pizzorusso (...)”. Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”³³.

Entonces, le asiste razón al señor Defensor del Pueblo en el sentido de que el ejercicio de la minería ilegal, sin los requerimientos mínimos, genera un fuerte impacto social, económico y ambiental para el país. Por ello, “el derecho de minas nacional, siguiendo experiencias foráneas, desde su génesis hace ya cuatro décadas, está concebido para someter al orden jurídico la actividad minera dadas las especiales particularidades que la distinguen por el enorme impacto que ella supone sobre determinados valores y bienes que podrían destruirse con las obras o labores extractivas”³⁴.

Una de las normas más importantes del derecho de minas nacional, es la Ley 685 de 2001, que surge con el ánimo de regular el ejercicio de la minería desde distintos ámbitos: laboral, fiscal, ambiental, ecológico y de seguridad. Específicamente, el artículo demandado intentó implementar un programa de legalización para explotadores de minas de propiedad del Estado sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Tal como se expuso en apartes anteriores, este artículo determina, entre otras disposiciones, la imposibilidad de adelantar las acciones penales señaladas en los artículos 161 y 306 del Código Minero, que se refieren al tipo penal consagrado en el artículo 338 del Código Penal (explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales).

Dados los efectos, no sólo jurídicos sino fácticos, producidos por la norma, en gracia de discusión se podría analizar si el Legislador omitió los deberes que le asisten al Estado en materia ambiental, al determinar la imposibilidad de hacer uso de las acciones administrativas y penales a las que se refiere el artículo 165. Esto, en atención a que entre sus deberes se encuentra, entre otros, “(...) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados” (art. 80 de la Constitución).

Para realizar el mencionado análisis resulta importante anotar que el Legislador con la expedición de la norma actuó en defensa del medio ambiente. Se debe tener en cuenta que la existencia de múltiples terrenos explotados en la informalidad o ilegalidad, sin el cumplimiento de los

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección B, Sentencia del 5 de marzo de 2015, Radicado 32444, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



requisitos ecológicos, ambientales, fiscales, laborales y de seguridad, son en exceso perjudiciales. La tarea del Legislador, en esta ocasión, fue crear una norma que permitiera formalizar el quehacer minero, para que la actividad cumpla con las expectativas previstas. Esta es considerada de *utilidad pública*³⁵, y tiene la potencialidad de generar crecimiento integral para las personas que la ejercen, para la comunidad donde se desarrolla y para el país en general.

Su potencialidad de crecimiento está dada por su presencia a lo largo y ancho del territorio nacional, como una actividad que se ha heredado generación tras generación, pues “la minería tradicional y de hecho en Colombia, presente en el 44% de los municipios del país, y que representa el 30% del total de las explotaciones mineras, ha sido desarrollada desde la época colonial por mineros que han transmitido conocimientos a sus descendientes y que han encontrado en esta actividad su única forma de subsistencia; en particular, en zonas con poca presencia de la institucionalidad del Estado”³⁶.

De esta manera, se esperaría que el ejercicio de la minería generara gran crecimiento económico y social para las poblaciones que la desarrollan. Sin embargo, otra ha sido la realidad, tal como lo analiza el Ministerio de Minas y Energía:

“La regiones mineras no han sido las más aventajadas en el desarrollo económico, social y cultural del País, la minería en vez de convertirse en un potenciador territorial, en una alternativa de desarrollo social y de bienestar, se ha constituido en una actividad que acompaña a la pobreza en estas regiones, los impactos negativos saltan a la vista, desde la óptica ambiental, en aquellas regiones ricas en oro y materiales de construcción, los daños causados al ambiente son visibles y desde la óptica social, las necesidades básicas no son cubiertas en las familias dedicadas a esta actividad, en relación a las deficiencias encontradas en la educación, la salud y el empleo. Por otro lado, la gran mayoría de las regiones mineras no cuentan con la infraestructura mínima, las regalías mineras, a pesar de ser significativas en algunos municipios y

³⁵ Congreso de la República, Gaceta del Congreso 113, 14 de abril de 2000, Pág. 24.

³⁶ Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente, La minería de hecho en Colombia, (Bogotá, Imprenta Nacional, 2010), Pág. 11.



departamentos, no se han convertido en ese motor de desarrollo para el que fueron concebidas; vías, escuelas, hospitales, acueductos, son obras que las regiones no conocen. Según cifras del último Censo Minero departamental de las 14.000 unidades de producción minera identificadas en el País, aproximadamente el 65% se encuentra en la ilegalidad y un porcentaje similar no paga contraprestaciones económicas al estado, un 70% no implementa acciones de seguridad, higiene y salud ocupacional, el 61% de los mineros cuenta apenas con educación básica primaria, el 23% con educación secundaria y únicamente el 6% con algún grado de educación superior, así mismo existe un muy bajo nivel de empresarismo, asociatividad y bancarización, factores que obstaculizan la productividad y la competitividad de las unidades productivas y del sector”³⁷.

Ante este panorama, el Estado debe desplegar acciones para poder cumplir con sus obligaciones en materia ambiental. La implementación del programa de legalización constituye una vía mediante la cual se mantiene contacto con los mineros, y se puede saber cómo están desarrollando esta actividad. Así mismo, permite controlar la implementación de estrategias que eviten la afectación al medio ambiente, y asegurar los derechos laborales, y la vida, de quienes trabajan en la minería, y corren riesgos, en el evento en que no se esté cumpliendo con protocolos de seguridad.

Se concluye que, no es posible afirmar que el Estado, al promulgar la norma demandada, desprotegió el bien jurídico del medio ambiente. Por el contrario, la implementación del proceso de la legalización, al que se refiere la norma acusada, contribuye en gran manera a la protección ambiental. Ello, aunado a lo que se expondrá a continuación sobre la ausencia de violación del deber de sancionar e investigar, constituyen razones suficientes para determinar que la norma acusada es constitucional.

³⁷ Política Nacional para la Formalización de la Minería en Colombia, Ministerio de Minas y Energía, (Bogotá, Ministerio de Minas y Energía, 2014), Pág. 32.



b. Frente al deber de investigar, sancionar y garantizar un orden social justo.

Atendiendo a la importancia que la Constitución y el Estado le otorgan al medio ambiente, el ordenamiento jurídico penal colombiano lo reconoce como bien jurídico autónomo³⁸, es decir, “el bien jurídico medio ambiente se encuentra protegido por sí mismo, de manera independiente y sin que sea necesaria la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos personales”³⁹. Así, la configuración legislativa penal se esfuerza por contar con tipos penales que sancionen la comisión de actos delictivos contra el medio ambiente y los recursos naturales.

Efectivamente, la obligación de ejercer la acción penal y de investigar las conductas delictivas se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en concordancia con el artículo 250 Superior. El Defensor del Pueblo señala que frente al aparte demandado, la Fiscalía está incumpliendo su deber. Expone que existen actos de minería sin los requisitos legales, y la norma demanda impide la imputación del tipo penal consagrado en el artículo 338 del Código Penal. Resalta que en tales casos, no es posible acudir al principio de oportunidad, que se constituye en la única excepción válida para no iniciar un proceso penal. Este tiene causales taxativas⁴⁰, y en concepto del accionante, no es posible encuadrar está “inacción” de la Fiscalía, derivada del artículo demandado, en ninguna de las causales previstas para la aplicación del principio de oportunidad.

En lo referente al principio de oportunidad, el artículo 250 Superior determina que la Fiscalía no podrá “suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad (...)”. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“[El principio de oportunidad] es una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la

³⁸ “En opinión de Schunemann, lo que conforma el ‘concepto primario del delito’ es precisamente el desperdiciar los recursos de las generaciones futuras, pues ante la absurda y abusiva explotación que se está llevando a cabo en el presente siglo no debe existir dudas acerca de la ‘primacía de los bienes jurídicos ecológicos’ (...)”. Cfr. Carmen Eloísa Ruiz López, Protección penal del medio ambiente, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Vol. 27, Núm. 81 (2006).

³⁹ Carmen Eloísa Ruiz López, Protección penal del medio ambiente, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Vol. 27, Núm. 81 (2006). Pág. 190.

⁴⁰ Artículo 324, Código de Procedimiento Penal.



suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercie suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo”⁴¹.

Lo anterior, denota que efectivamente el artículo 165 del Código de Minas lleva a que, en los supuestos previstos en la norma acusada, la Fiscalía no inicie acciones por el artículo 338 del Código Penal, y tales circunstancias, tal como lo afirma el demandante, no encuadran dentro de las causales que prevé el Código de Procedimiento Penal, para que en un caso particular un fiscal pueda optar por el principio de oportunidad dentro de una investigación.

Si bien lo anterior es cierto, el Defensor del Pueblo incurre en una imprecisión, al no reconocer que el ejercicio de la minería sin título o autorización pero en curso del trámite de legalización, configura una hipótesis excluida del tipo penal descrito en el artículo 338 del Código Penal. Por ello, la imposibilidad de iniciar acciones penales en ciertos casos no puede constituirse como una violación al deber de investigar, sino que obedece dicha imposibilidad a la interpretación del verdadero alcance del tipo contenido en el mencionado artículo 338. Por ello, no se puede afirmar que el aparte demandado del artículo 165 del Código Minero vulnera los deberes del Estado de proteger el medio ambiente y de sancionar e investigar y la obligación de garantizar un orden social justo.

A continuación se explica el anterior razonamiento:

i) Los explotadores de minas de propiedad del Estado sin título minero adquieren una situación jurídica especial al iniciar un proceso de legalización.

El Código de Minas y la política que el Estado instituyó en el artículo 165 era una invitación a que los explotadores de minas de propiedad estatal formalizaran su situación. Desde la exposición de motivos del proyecto de ley se buscaba “(...) que el Código de Minas sea una herramienta útil y

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



eficiente para el desarrollo del sector y para ello, su mejor contribución es ofrecer por medios categóricos y expresos mandatos, una clara y firme estabilidad jurídica a los particulares que participen en la exploración y aprovechamiento de los recursos mineros”⁴².

Así, en atención a que la actividad ejercida por los explotadores de minas del Estado sin título minero, podía ser considerada una actividad informal e ilegal, la norma acusada pretendió aclarar que en el caso de quienes inician el proceso de formalización, no existe un indicio de que hayan cometido el ilícito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. Quien inicia el proceso de formalización cambia de situación jurídica. Se encuentra a la espera de que el Estado, por medio de la autoridad minera competente, le resuelva su situación, ya sea rechazando la solicitud o concediéndole el título minero y firmando el contrato de concesión minera.

La intención del Legislador ha sido entonces proteger a quienes han iniciado el proceso de legalización de que trata el artículo 165. Así, por ejemplo, el Decreto 2390 de 2002⁴³, determinó que “(...) el presente decreto tiene como objeto garantizar a los interesados en la legalización de minería de hecho, el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales del debido proceso, defensa, contradicción y presunción de buena fe en las actuaciones que adelanten ante las autoridades mineras delegadas”.

En igual sentido, el Decreto 276 de 2015, en su parte considerativa, establece “(...) que es pertinente tener en cuenta que en virtud de la normatividad minera vigente se autoriza la extracción de minerales a los Barequeros, así como a las personas en procesos de legalización y formalización, a los beneficiarios de áreas de reserva especial declaradas, y a los beneficiarios de los subcontratos de explotación minera”. (Subrayado fuera de texto).

Por medio del mencionado Decreto, se adoptaron medidas relacionadas con el Registro Único de Comercializadores (RUCOM)⁴⁴, y se definió la figura de “explotador minero autorizado”, en los siguientes términos:

⁴² Congreso de la República, Gaceta del Congreso 113, 14 de abril de 2000, Pág. 25.

⁴³ “Por el cual se reglamenta el artículo 165 de la Ley 685 del Código de Minas”.

⁴⁴ “Es el Registro Único de Comercializadores de Minerales, en el cual deberán inscribirse los Comercializadores de Minerales como requisito para tener acceso a la compra y/o venta de minerales, así como para publicarse los titulares de derechos mineros que se encuentren en etapa de explotación y que cuenten con las autorizaciones o licencias ambientales respectivas”. Artículo 1º, Decreto 276 de



“Se entiende por Explotador Minero Autorizado a las siguientes personas: (i) Titular Minero en Etapa de Explotación, (ii) Solicitante de programas de legalización o de formalización minera, mientras se resuelven dichas solicitudes, (...)”. (Subrayado fuera de texto).

Se concluye entonces que quienes ejercen la minería tradicional e iniciaron el proceso de legalización, se encuentran autorizados por la ley para continuar desarrollando la actividad minera. A partir de la autorización expresa que las normas mineras otorgan a los solicitantes, es imposible adecuar el tipo penal del artículo 338. No se configura la ilicitud cuando la Ley otorga una autorización provisional, hasta tanto no se resuelva su solicitud de legalización.

Ahora bien, el Defensor del Pueblo parece incluso cuestionar esta situación, en tanto la resolución de la solicitud de legalización no se ha concretado en aproximadamente diez (10) años. Por lo que, el carácter provisional de la autorización, que a la vez sustenta la excepción a la adecuación al tipo penal en cuestión, pierde su sentido como tal. Esto es, pierde su vocación temporal. Esto no constituye –sin embargo– inconstitucionalidad alguna por dos razones. La primera consistente en que, como ya se explicó, el adelantamiento del trámite de legalización con un término de duración irrazonable, dirige los reproches a los procesos administrativos y no al contenido de la norma demandada. Y la segunda razón, alude a que la imposibilidad de adelantar investigaciones penales en presencia de la práctica de minería sin título pero en trámite de legalización, no impide que la Fiscalía, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, persiga penalmente a quienes incurrir en conductas que atenten contra el medio ambiente a raíz de dicha práctica. En lo que sigue se explicará esta última reflexión.

ii) En efecto, es posible perseguir actos atentatorios del medio ambiente sano, ejercidos por explotadores de minas del estado sin título minero que se encuentren en procesos de legalización, por medio de acciones distintas a las mencionadas en el artículo 165 del Código Minero.

La acción penal que el artículo 165 prohíbe iniciar en contra de aquellos explotadores de minas estatales sin título minero, y que se encuentren

2015, “Por el cual se adoptan medidas relacionadas con el Registro Único de Comercializadores (Rucom)”.



tramitando su legalización, es el de la “explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales”. No obstante, en aquellos casos en los que un minero tradicional, incurso en un proceso de legalización, incurra en actos que generen daños o pongan en riesgo el medio ambiente, la Fiscalía tiene plena facultad para iniciar investigaciones penales en su contra, por la presunta comisión de los tipos penales que protegen el bien jurídico del medio ambiente y los recursos naturales, consagrados en el título XI del Código Penal [v.gr. daños en los recursos naturales (artículo 331) y contaminación ambiental (artículo 332) entre otros delitos ambientales previstos en el Código Penal].

Aunado a lo anterior, el Decreto 2390 de 2002, regulatorio del artículo 165 del Código Minero, determina en su artículo 14 lo siguiente:

“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”. (Subrayado fuera de texto).

Esto cobra sentido al tener en cuenta la complejidad de la regulación en temas de medio ambiente, pues “el derecho ambiental busca integrar las diferentes ramas del ordenamiento jurídico tanto para prevenir como para reprimir o reparar las agresiones al bien jurídico medio ambiente, encontrando normas administrativas, civiles y penales que regulan la materia, sin olvidar que las normas penales se aplican de manera subsidiaria y como *ultima ratio*, respetando de esta forma el principio de mínima intervención del derecho penal”⁴⁵.

Así entonces, además de las acciones penales es posible acudir a otras normas para ejercer las acciones de protección allí previstas frente al medio ambiente. Es importante resaltar que el Legislador dispuso múltiples vías, para proteger el medio ambiente ante actos riesgosos o en los que se haya materializado un perjuicio. Entre tales acciones se

⁴⁵ Carmen Eloísa Ruiz López, Protección penal del medio ambiente, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Vol. 27, Núm. 81 (2006), Pág. 177.



encuentran, entre otras, la investigación penal de los delitos ambientales. Al respecto, se reitera que la norma acusada no prohibió la iniciación de este tipo de investigaciones frente a quienes se encuentren tramitando la legalización de su explotación minera, y hayan vulnerado la protección del medio ambiente, en los términos prohibidos por los tipos penales ambientales.

III. CONCLUSIONES.

El hecho de que la práctica de la minería sin título o sin la autorización respectiva pero en proceso de legalización, no pueda ser objeto de investigación penal al tenor de la norma demandada, no vulnera los deberes constitucionales de protección del medio ambiente ni los de persecución penal por parte del Estado a la comisión de conductas delictivas.

No se vulnera el deber de protección del medio ambiente como bien jurídico autónomo protegido en nuestro ordenamiento por el derecho penal, porque las conductas involucradas en el ejercicio de la minería sin título o sin autorización, pueden ser objeto de investigaciones penales, cuando éstas describen conductas típicas contenidas en otros delitos [por ejemplo, daños en los recursos naturales (artículo 331) y contaminación ambiental (artículo 332), entre otros delitos ambientales previstos en el Código Penal].

Tampoco se vulnera el deber de perseguir y castigar conductas delictivas, en primera instancia porque la conducta en cuestión, consistente en ejercer la minería sin título o autorización pero en espera de la respuesta de la autoridad pertinente sobre su legalización, configura un supuesto de hecho que expresamente fue excluido por el Legislador como uno de aquellos que se adecúan al tipo penal del artículo 338 del Código Penal. Y en segunda instancia, porque si la espera a la resolución sobre la legalización es irrazonablemente larga (como es el caso), y hace pensar que se desdibuja el carácter temporal de la excepción a la persecución penal, el reparo a esta situación se origina en los trámites administrativos que constituyen la irrazonabilidad en mención y no en el contenido de la norma acusada. Luego, lo que se debe corregir es el trámite aludido y no la norma cuestionada.

Lo anterior es tanto así, que las fórmulas de corrección de las que puede hacer uso la Corte Constitucional si llega a darle la razón al Defensor del



Pueblo, y pretende declarar la inexequibilidad de la norma demanda no parecen tener el alcance requerido para atender la situación anómala detectada por el demandante. En atención al carácter transitorio del aparte demandado, es evidente que la eventual declaratoria de inconstitucionalidad no surtiría efectos hacia el futuro⁴⁶, en la medida en que ya se cumplió el término de tres (3) años previsto para solicitar la concesión de la mina o minas. Por tal razón, en el evento en que se considere una declaratoria de inexequibilidad, la única alternativa disponible sería la de una declaratoria con efectos retroactivos. De esto se podría derivar serias dificultades relacionadas con la seguridad jurídica, al afectar ciertas situaciones particulares debidamente consolidadas al amparo del artículo 165 de la Ley 685 de 2001.

IV. SOLICITUD.

Con fundamento en los argumentos expuestos en esta intervención, la Fiscalía General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional que **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD** del aparte acusado del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, por los cargos analizados.

V. ANEXOS.

- Resolución No. 1800 del 2 de septiembre de 2015, en dos (2) folios.

⁴⁶ En la sentencia C-619 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas), la Corte Constitucional se refirió a la declaratoria de inexequibilidad de una norma con efectos retroactivos. Al respecto, señaló lo siguiente: "(...) Ahora bien, además de la misión encomendada por el artículo 241 Superior, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que las sentencias que profiera la Corte sobre los actos sujetos a su control 'tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario'. || Conforme a la disposición citada, declarada exequible mediante sentencia C-037/96, si bien es cierto que por regla general las decisiones de esta Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que esos efectos pueden ser definidos en otro sentido por la propia Corporación. (...) Efectivamente en muchas oportunidades la Corte ha modulado en el tiempo el alcance de sus decisiones, ya sea con efectos retroactivos, prospectivos, o simplemente guardando silencio para acudir a la regulación prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, con independencia de si se trata del control ejercido durante un estado de excepción o si corresponde al control ordinario de constitucionalidad".



En los anteriores términos, se dejan planteadas las razones que sustentan la respetuosa solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

Con un atento saludo,

RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales
Fiscalía General de la Nación