

**DECRETO 2235 DE 2012:
¿UNA SALIDA AL PROBLEMA DE ILEGALIDAD MINERA EN COLOMBIA?**



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

MARTHA CECILIA JULIO CORTEZ

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.**

2016

DECRETO 2235 DE 2012:**¿UNA SALIDA AL PROBLEMA DE ILEGALIDAD MINERA EN COLOMBIA?***

Martha Cecilia Julio Cortez **

RESUMEN

El Gobierno Nacional, como estrategia para combatir la minería ilegal, ha ordenado a través del Decreto 2235 de 2012, la destrucción de la maquinaria pesada utilizada en actividades de exploración o explotación de minerales sin licencia ambiental ni título minero, designando a la Policía Nacional como la autoridad competente para ejecutar dicha disposición. El propósito de este documento es hacer una crítica respecto de la aplicación del Decreto, y a partir de allí determinar el nivel de efectividad de la medida ordenada, como estrategia para poner freno a la minería ilegal en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Minería ilegal, autoridad, destrucción, explotación, maquinaria pesada, minerales.

*Artículo de Reflexión.

Abogada, Corporación Universitaria del Caribe "CECAR", Oficial de la Armada Nacional, en el Grado de Teniente de Fragata con 08 años de antigüedad, actualmente Jefe de la División Pos contractual de la Dirección de Abastecimientos de la Armada Nacional. Correo electrónico: martha.julio@armada.mil.co ó asjurop@gmai.com.

**DECREE 2235 OF 2012:
¿AN EXIT TO THE PROBLEM OF MINING IN COLOMBIA ILLEGALITY?**

ABSTRACT

The Government, as a strategy to combat illegal mining, ordered by Decree 2235 of 2012, the destruction of the heavy machinery used in exploration or exploitation of mineral mining without environmental license or title, designating the National Police the competent authority to implement that provision. The purpose of this document is to make a review on the implementation of the decree, and from there determine the level of effectiveness of the measure ordered as a strategy to curb illegal mining in Colombia.

KEYWORDS

Illegal mining, authority, destruction, exploitation, heavy machinery, minerals.

INTRODUCCIÓN

La minería ilegal en Colombia, ha sido un fenómeno social que ha ido creciendo discreta y apaciblemente en el tejido social del país, pues desde hace algunos años, constituye el motor de subsistencia para algunas regiones y pueblo indígenas, que justifican su principal actividad económica en la minera informal y de hecho.

“En Colombia se calcula que en 303 municipios se desarrollan trabajos explotación minero” [...] (Censo minero, 2009). Se trata entonces el fenómeno de la minería ilegal como un problema de índole social, que solo hasta mediados del siglo pasado llamó la atención de los gobernantes y del legislador, quienes no lograban dimensionar el alcance de este creciente problema, que de ninguna manera, constituía motivo de preocupación para entidades ambientales con responsabilidad en el uso de adecuado de los recursos naturales y protección del medio ambiente, mucho menos para las autoridades locales. Puede afirmarse, inclusive, que “La falta de regulación por parte del Estado así como la ineficiencia de los mecanismos y organismos de control hicieron lo posible para que la industria minera en Colombia tuviese un desarrollo desordenado e irregular, casi hasta la primera mitad del siglo XX” [...] (Arjona, 2010)

En este sentido, la ausencia de regulación y la existencia de controles poco idóneos por parte del Estado sobre la explotación de los recursos del subsuelo, permitió que esta realidad tomara fuerza en el país. Realidad ésta, que lamentablemente surgió a la par del hallazgo de zonas de potencial explotación minera, lo que facilitó de cierta manera, un espacio a la informalidad de esta actividad.

Son diversas las estrategias propuestas por Gobierno Nacional, para la regulación de la explotación económica de los recursos y poner freno a este fenómeno; medidas que van desde la expedición de normas, políticas y mecanismos que, que incluyen sanciones no solo de contenido económico para quienes ilícitamente realicen esta actividad, sino también medidas de aseguramiento para los capturados en flagrancia y por supuesto medidas contra la reincidencia de quienes tras ser aprendidos, vuelven a la minería ilegal, ante las escasas oportunidades laborales y que de una u otra forma impidan la continuidad de estas actividades que atentan gravemente a las salud de los colombianos, el ecosistema natural.

Recientemente, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa, expidió el Decreto No. 2235 de 2012, que ordena la destrucción de la maquinaria pesada utilizada en actividades de exploración o explotación de minerales sin licencia ambiental ni título minero, independientemente de quién la tenga en su poder o la haya adquirido, con el fin de evitar la dispersión de dicho delito, al tiempo de proporcionar una herramienta para las autoridades que enfrentaran la ilegalidad minera.

El presente estudio se desarrolló como una investigación aplicada de carácter socio jurídico, de tipo correlacional, en la que se aplicó un método analítico. Por lo que a continuación, se iniciará a partir de una compilación de información y entrevistas que permitan establecer algunas críticas y conclusiones acerca del tema abordado.

Se trata entonces de presentar una aproximación prudente al marco jurídico de la minería ilegal en Colombia, para luego detenerse en el análisis del Decreto 2235 de 2012, para luego, analizar los inconvenientes que han tenido las autoridades al momento de

ejecutar los procedimientos de destrucción de esta maquinaria pesada; para finalmente concluir con una crítica acerca de la efectividad de esta estrategia como salida al problema de minería ilegal en Colombia.

GENERALIDADES:

Con el propósito de contextualizar al lector en conceptos básicos respecto la minería, a continuación se desarrollan algunas definiciones y alcances jurídicos del tema a tratar en Colombia, así:

Marco Constitucional

El artículo 332 de la Constitución Política establece:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo de las leyes preexistentes [...] (Constitución Nacional, 1991)

Bajo este entendido, se consagra a favor del Estado, una reserva expresa sobre los recursos no renovables que se encuentran en el territorio nacional, se habla entonces de un dominio público que vale la pena precisar, se configura sin perjuicio de la propiedad minera constituida en virtud de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo de las leyes preexistentes.

En este mismo sentido, el artículo 102 de la norma superior (Constitución Nacional, 1991), establece que “El territorio con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece a la Nación” [...]

Marco Legal

El Código de Minas (Ley 685,2001) en su artículo 5 señala:

Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de propiedad exclusiva del estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades publicas, de particulares o de comunidades o grupos. [...] Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.

Así las cosas, la norma se refiere a que independientemente de la ubicación, clase o titularidad de la propiedad en que descubran minerales, corresponden los derechos sobre su exploración y explotación, única y exclusivamente al Estado, quien a través de concesiones perfeccionadas con arreglo de Ley , podrá autorizar a particulares para el desarrollo de estas actividades.

Aspecto Penal

El legislador colombiano, por medio de los siguientes tipos penales, protegió los recursos naturales no renovables, el medio ambiente en general y la actividad económica de la exploración y explotación de yacimientos mineros:

Art. 333 contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo:

El que por culpa al explorar, explotar o extraer yacimiento minero o de hidrocarburos, contamine aguas, suelo, subsuelo o atmósfera, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599, 2000)

Art. 332. Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales:

El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...] (Ley 599, 2000)

Art 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 mensuales legales vigentes. [...] (Ley 599, 2000)

Exploración y explotación ilícita de yacimiento mineros: Por exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros se ha de entender lo siguiente: El actual código de minas en su artículo 159, define la exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, como constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, que 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”. [...] (Ley 685,2001)

Por su parte el glosario técnico del Ministerio de Minas, se encuentran las siguientes acepciones:

(I) la minería desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. (II) Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye (III) trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia.

CLASIFICACION DE LA MINERIA:

A continuación, se presentan brevemente las clases de minería que presentes en el ordenamiento legal minero:

Ocasional: Contenida en el artículo 52 del código de minas, como:

“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 concesión del Estado” [...]

Se colige de la norma que el recogido de esta explotación debe ser destinado a la subsistencia del propietario y por ende, estará prohibido su uso comercial o industrial.

Subsistencia: La definición de esta modalidad de minería, la trae el glosario técnico minero del Ministerio de Minas y Energía, indicando:

“Es aquella minería desarrollada por personas naturales que dedican su fuerza de trabajo a la extracción de algún mineral mediante métodos rudimentarios y que en asociación con algún familiar o con otras personas generan ingresos de subsistencia”. [...] (Glosario Minero, 2001)

Artesanal: Concepto también recogido del citado glosario, entendiéndose como:

“Las actividades realizadas por pequeños productores mineros autoempleados, que trabajan de manera individual, en forma familiar, o agrupados en diversos tipos de organización productiva, incluyendo formas asociativas, cooperativas, pequeñas y microempresas, y descendientes indígenas afro descendientes que realizan este tipo de minería como una actividad tradicional, como por ejemplo: la pequeña minería de carbón, oro, el guaqueo y mazamorreo de esmeraldas y la pequeña minería de materiales de construcción”. [...] (Ibídem)

Barequeo: Definición contenida en el artículo 155 del código de minas, como:

[...] “La actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales” [...] Esta actividad está exclusivamente supeditada al lavado de arenas por medios manuales, quedando prohibida la utilización de maquinaria o medios mecánicos para su ejercicio. [...] La actividad tiene como objetivo específico, separar y recoger metales preciosos contenidos en esas arenas. Se requiere

inscripción previa a la realización de la actividad ante el alcalde del lugar, ser vecino del lugar en que se realice y autorización del Propietario del predio”.

PANORAMA JURIDICO, UNA REALIDAD CONTRADICTORIA:

En Colombia, las sucesivas regulaciones mineras que han intentado legalizar las actividades de quienes sin licencia ambiental ni título minero vienen adelantado informalmente esta actividad, han sido la causa determinante para que a la fecha, disposiciones tales como la contenida en el Decreto 2235 de 2012, pierdan efectividad a la hora de ser aplicada por los funcionarios del estado encargados del control y puesta en práctica estos procedimientos.

Es así como, podría decirse que los intentos para legalizar la situación de aquellos que no inscritos en el registro minero han sido infructuosos y quizás han agravado más la situación, pues las normas que los han abordado denotan improvisación, contradicción y al final, resultan siendo injustas y desiguales tanto para los explotadores formales, como los informales.

Se habla entonces de regulaciones mineras y ambientales que [...] “carecen de una base científica y técnica, haciendo ausentes análisis previos de carácter económico, social, territorial, que hagan del derecho minero, un verdadero instrumento de regulación sobre actividades ilegales que originan gravísimas consecuencias para el mismo Estado y la sociedad; en otras palabras, se debe abogar por la eficacia del derecho minero” [...] (Minería Ilegal en Colombia, 2013).

La anterior afirmación, encuentra sustento en el aparente descuido de los gobiernos de turno y entes de control en materia minero ambiental; que encuentran excusa primero en el yerro del legislador que en algunas oportunidades no consulta las complejas

realidades que gobiernan el entorno social de las regiones a quienes se dirigen estas normas; en segundo lugar, en virtud de las discrepancias en la interpretación de la normatividad existente por parte de las entidades con responsabilidad en el tema, o en decisiones administrativas ajustadas a derecho, pero ausentes de elementos que las hagan viables y, finalmente las surgidas por el temor y desánimo de algunos servidores públicos quienes permanentemente ven frustrados sus esfuerzos logísticos y operacionales, por la falta de elementos judiciales que permitan poner freno a este fenómeno social de interés público y colectivo, que atenta gravemente contra la biodiversidad del ecosistema y con ello, producen un irremediable deterioro del bien jurídicamente tutelado al ambiente sano.

Una prueba de estas contradicciones, se puede observar a lo largo de los procesos de legalización que se han dado a través de diferentes estatutos mineros así:

El artículo 318 del Decreto 2655 de 1998 (Antiguo Código de Minas), estableció un proceso de legalización para explotadores de depósitos y yacimientos mineros sin título minero vigente, señalando un término de seis (6) meses contados a partir de su vigencia, para que los mineros ilegales solicitaran el título. El decreto señalaba además, que si los explotadores ilegales, dentro de dicho término concedido en este decreto, no poseían los estudios y trabajos completos de exploración del área, podían radicar dicha solicitud; sin perjuicio de continuar durante la vigencia de ésta con las labores de extracción en los frentes de trabajo abiertos o preparados.

Sin embargo el referido decreto, estableció que vencido el lapso de 6 meses sin que se hubiesen formulado las correspondientes solicitudes de legalización, éstas deberían

darse por terminadas sus obras y labores, so pena de estar incurso en delito de explotación ilícita de yacimientos mineros.

Posteriormente, el artículo 58 de ley 141 de 1994, introdujo un proceso de legalización de explotaciones mineras de hecho de pequeña minería ocupadas en forma permanente hasta noviembre de 1993 y confirió 6 meses a partir de su vigencia, para que con el envío de la solicitud de licencia, permiso o contrato para la explotación de minas a la autoridad competente, ésta legalizara dicha explotación en un plazo no mayor de 1 año.

En otra oportunidad, otorgada por el artículo 165 de La Ley 685 de 2001, (Nuevo Código de Minas), se introdujo una nueva oportunidad de legalización de minería de hecho, estableciendo que los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, debían solicitar en el término de 3 años contados a partir del 1 de enero de 2002, que las minas les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se halle libre para contratar. Hasta que la solicitud de legalización no sea decidida no podrán ejercerse las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni proseguir las acciones penales estipuladas en los artículos 159 y 160.

Posteriormente, la Ley 1382 de 2010, modificatoria de la Ley 685 de 2001, dispuso:

“Los explotadores ilegales podían solicitar a la autoridad competente, en un término de 2 años contados a partir de la promulgación de la ley, la concesión correspondiente, llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Para este procedimiento, dispuso que la autoridad minera contaba con un (1) año para realizar la visita de viabilidad, después

de presentada la solicitud de legalización y con dos (2) meses a partir del recibo de los documentos, por parte del interesado, para resolver de fondo la solicitud de legalización [...]” (Ley 1382, 2010)

Vale la pena precisar que esta ley fue declarada inexecutable en virtud de la sentencia C-366 de 2001, con efectos diferidos por el término de dos años, precisamente para no dejar en curso y en absoluta incertidumbre respecto de los trámites iniciados con ocasión de la vigencia de la referida ley.

Ahora bien, el Decreto 2235 de 2012, objeto del presente análisis, se ha encontrado también con los siguientes obstáculos de que la hacen menos eficaz: “La declaratoria efectuada por el Gobierno Nacional de la minería como una locomotora de la Economía Nacional”[...] (García, 2011); el hallazgo de múltiples minas en el territorio nacional, el otorgamiento indiscriminado de títulos mineros excluyendo zonas ambientalmente protegidas; la división entre la autoridad minera y ambiental, y por ello, la legislación minera y ambiental que se contraponen, incoherente y con reformas permanentes, generan inseguridad jurídica tanto para los mineros como para los funcionarios encargados de dicha medida pues hay solicitudes aun en trámite y sin resolver lo que genera incertidumbre al funcionario Estatal, que pretende iniciar el la destrucción y finalmente, no siendo menos importante, el surgido a causa de la mala publicidad efectuada a esta estrategia que incorpora o acuñe el termino de minería criminal, que ha causado la indignación de muchos mineros informales.

Así las cosas, se plantea tal como lo afirma la Procuraduría General de la Nación en informe preventivo sobre la minería ilegal en Colombia [...] “lo que gobierna la mayoría de estos procesos es una especie de indulto y un término muerto que le permite al minero

ilegal, en aras de legalizarse, continuar con su actividad extractiva nociva sobre todo para el entorno ambiental, escudándose en una inactividad del Estado (regímenes transitorios), que resulta a todas luces, inaceptable.” [...] (Minería Ilegal en Colombia, 2013).

DECRETO 2235 DE 2012, ¿FRENO A LA ILEGALIDAD?

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional, expidió el Decreto No. 2235 de 2012, que ordena la destrucción de la maquinaria pesada utilizada en actividades de exploración o explotación de minerales sin licencia ambiental ni título minero, independientemente de quién la tenga en su poder o la haya adquirido, con el fin de evitar la propagación de la minería ilegal y proporcionar una herramienta para las autoridades que enfrentaran la ilegalidad.

Los antecedentes de este decreto, encuentran sustento en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, el cual prohibió en su artículo 106 la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional. Señaló también que [...] “el incumplimiento de esta prohibición, además de la acción penal correspondiente, podría tener otras medidas sancionatorias, como son el decomiso de los bienes utilizados para la actividad ilegal y la imposición de una multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que impondría la autoridad policiva correspondiente” [...] (Ley 1450, 2011)

El citado artículo fue reglamentado y como consecuencia de ello, se expidió el mencionado Decreto, que también abarca el contenido del artículo 6 de la Decisión 774 de 2012, de la Comunidad Andina de Naciones, el cual establece la posibilidad de

destrucción de la maquinaria utilizada independientemente de quién la tenga en su poder o la haya adquirido.

Para la elaboración de este Decreto se consideraron y discutieron ampliamente, los deberes establecidos en la norma superior frente al deber del Estado de proteger el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, así como la diversidad e integridad ambiente y la conservación de áreas de especial importancia ecológica, el deber de los estados de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, así como el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y de imponer las sanciones legales correspondientes, a que hacen referencia los artículos 79 y 80 de la Constitución Nacional.

También, hicieron parte de las consideraciones los principios contenidos en la ley 99 de 1993, en donde se reconoce la biodiversidad del país, por se patrimonio nacional y de interés de la humanidad, que requiere ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible y muy ligado a ello, el deber de las Fuerzas Militares por propender por la protección y defensa del medio ambiente y de los recursos naturales renovables y el cumplimiento de las normas dictadas con el fin de proteger el patrimonio natural de la nación, como elemento integrante de la soberanía nacional.

Con este decreto, se ordena la destrucción de maquinaria pesada y sus partes utilizadas en actividades de exploración o explotación de minerales sin las debidas autorizaciones y exigencias previstas en la ley, vale la pena precisar que se refiere al título minero inscrito en el registro minero nacional y licencia ambiental o su equivalente, independientemente de quien los tenga en su poder.

Aclara la norma que se trata entonces de maquinaria que por sus capacidades de daño al medio ambiente puedan causar efectos nocivos e irreparables, y lista bajo este entendido las dragas, retroexcavadoras, buldóceres u otro tipo de maquinaria de arranque de minerales, con similares características técnicas.

Para la ejecución de dicha medida se designó a la Policía Nacional como la autoridad competente para ejecutar dicha disposición, al tiempo que ordena a la Autoridad Minera Nacional aportar la información sobre la existencia o no del título vigente inscrito en el registro minero nacional y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, informar sobre la licencia ambiental o su equivalente, estableciendo para ello el termino perentorio de tres (3) días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud por parte de la autoridad correspondiente.

Por su parte, las autoridades ambientales regionales y urbanas deberán suministrar al Ministerio de Ambiente la información actualizada sobre las licencias ambientales vigentes o planes de manejo ambiental otorgados para actividad minera, así como cuando se otorgue una nueva licencia dentro de su jurisdicción.

Por otro lado, y con el fin de salvaguardar los derechos de quienes ejerzan la explotación o explotación de minerales con cumplimiento de los requisitos legales, se incorporó la figura civil de la oposición, determinando que si al momento de ejecutar la medida, la Policía recibe información del mero tenedor, poseedor o propietario de la maquinaria sobre la existencia del título minero y licencia ambiental, o su equivalente, cuando esta última se requiera; se procederá la suspensión de la medida de destrucción cuando el respectivo documento sea exhibido por el interesado de manera inmediata. En este caso, la Policía procederá en el acto a verificar la información suministrada con la

autoridad competente. De no coincidir con la información oficial, se procederá con la ejecución de la medida.

Así mismo, obliga a las autoridades a que en cada caso de ejecución de la medida de destrucción se deje constancia mediante informe escrito que contemple, entre otros aspectos, un registro fílmico y fotográfico, así como la plena identificación de los bienes objeto de destrucción.

Al respecto, el Ministerio de Defensa Nacional, en asocio con el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, expidió el documento de fecha 02 de septiembre de 2013, mediante el cual se establecen los criterios para la ejecución de la medida de destrucción de maquinaria prevista en el analizado decreto 2235 de 2012, introduciendo entre sus consideraciones otros aspecto que ha venido tocando esta actividad, y es el relacionado con las finanzas de los grupos armados ilegales y de los grupos de delincuencia organizada.

Se indica en este protocolo minero, la obligación de verificar por parte de las autoridades si existen antecedentes judiciales por la comisión de delitos contra el medio ambiente y conexos; incluyendo acertadamente delitos contra el orden político, además de extorsión, secuestro, narcotráfico, lavado de activos, financiación de grupos ilegales, y grupos de delincuencia organizada entre otros, así como también si la Fiscalía, adelanta procesos en las mismas personas bajo cuya responsabilidad se encuentran las maquinarias.

Como segunda medida indica que se deberán considerar por parte de las autoridades competentes, la información previa cuyo análisis indique que la maquinaria este relacionada con actividades de los grupos armados ilegales o grupos de delincuencia

organizada; así como también la información que indique que el uso de la maquinaria este relacionado con la financiación de actos de terrorismo por parte de estos grupos ilegales.

Finalmente, confusamente y volvemos a las imprecisiones, señalando este protocolo que si el uso de maquinaria sin título ni licencia ambiental se desarrolla en zonas excluibles de la minería de acuerdo a la normatividad vigente. Este criterio aplicará no obstante existir las solicitudes de que trata el decreto 933 de 2013, procesos de legalización en curso de la ley 685 de 2001, solicitudes de declaratoria de áreas de reserva de que trata el decreto ley 019 de 2012 y aquellas solicitudes a que hacen referencia la ley 685 de 2001.

En virtud de lo anterior, vale la pena preguntarnos si las autoridades responsables de la destrucción de maquinaria pesada a que hace referencia el Decreto 2235 de 2012 y su protocolo complementario, tienen la información necesaria y la claridad supina sobre el tema, que les permita tomar decisiones pertinentes y ajustadas a derecho; de tal suerte que su esfuerzo logístico y operacional, adelantado en estas operaciones no se pierda tras los temores de una investigación disciplinario o penal; o peor aun tras el pronunciamiento del operador jurídico que ordene el restablecimiento de derechos a favor de minero informal sujeto pasivo de este procedimiento.

EL PROBLEMA DE LA PRÁCTICA

¿La destrucción de maquinaria pesada involucrada en actividades de exploración o explotación de minerales sin licencia ambiental ni título minero, de que trata el Decreto

2235 de 2012, constituye una estrategia eficaz para poner freno a la ilegalidad minera en Colombia?

Para dar respuesta a este interrogante se entrevistó a funcionarios operativos de la Fuerza Naval del Sur de Armada Nacional y Grupos Operativos de Investigación Criminal GROIC de la Policial Nacional, para que a partir de su experiencia y desde un punto de vista personal, expresaran sus apreciaciones respecto al procedimiento de destrucción de maquinaria pesada involucrada en actividades de exploración o explotación de minerales sin licencia ambiental ni título minero.

En este sentido, las personas entrevistadas coincidieron en afirmar que el mayor inconveniente registrado, se desarrolla en virtud del tipo penal establecido en el artículo 338 del código penal, que se refiere a la explotación Ilícita de yacimiento minero y otros materiales, que contempla una pena mínima inferior a los 4 años, pues es común que las personas capturadas en situación de flagrancia, por parte de los funcionarios de Policía Judicial o la Policía Nacional, queden inmediatamente en libertad, pues este tipo penal, no admite medida de aseguramiento intramural.

Señalaron además que las normas penales en leyes sectoriales no son conocidas por sus destinatarios y menos por los operadores judiciales como jueces, fiscales y ministerio público, y por ende ello incide en la inaplicabilidad de las normas y su escasa investigación por dichas instituciones.

Otro aspecto referido por los entrevistados, surge a partir de la determinación del factor espacio natural objeto de la actividad presuntamente ilegal, actividad ésta que deben realizarse a partir de estudios técnicos de expertos peritos, los cuales no arrojan resultados inmediatos, sino que podrían muchos días para obtener sus resultados, máxime

si se considera que deberán analizarse por estos expertos elementos de tipo subjetivo, como el arraigo de las personas, las costumbres e idiosincrasia, además elementos de tipo social y familiar, para tomar decisiones en torno al caso en particular.

En cuanto al proceso de investigación, por esta clase de delitos, la Fiscalía General de la Nación, debe apoyarse para la consecución los elementos materiales probatorios, en otras entidades, encargadas de determinar el grado de afectación del medio ambiente y de los recursos naturales, donde el resultado debe apoyarse en un informe técnico, que dictamine el grave daño causado con la actividad minera, pues de lo contrario no se constituyen los elementos estructurales del tipo penal, pues al no existir una real afectación al bien jurídico tutelado, se deriva en una mera sanción administrativa a cargo de las entidades ambientales para tal fin, teniendo en cuenta además, que en muchos de los casos, las entidades de apoyo no cuentan con la logística y medios suficientes para determinar el daño real causado en determinada zona.

Indican además, que para el desarrollo de operativos relacionados con estos delitos, se requiere de un gran esfuerzo logístico, que garantice en la concurrencia de todas las autoridades competentes además de Fiscalía, Policía Nacional y demás autoridades en materia ambiental y minera a saber: el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, Corporaciones Autónomas, Departamento Administrativo de Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, el Servicio Geológico Colombiano (INGEOMINAS) y la Agencia Nacional Minera, respectivamente. Esfuerzos estos, que hacen dispendiosa, desgastante y costosa, la labor previa de coordinación y socialización de información de inteligencia sobre zonas de explotación minera ilícita.

Otro gran esfuerzo logístico asumido por estas autoridades lo representa el factor territorial, pues para la realización de los operativos de destrucción de maquinaria pesada, en zonas alejadas y distantes de la geografía Colombiana, se requiere el uso de medios aéreos, marítimos y fluviales que comportan además del uso de medios propios, el desarrollo de operaciones en profundidad y de control militar de área, que obligan al desplazamiento de tropas hacia otras áreas, inclusive por fuera de su jurisdicción.

Es de señalar que los esfuerzos señalados en el párrafo anterior, no solo se refieren para el traslado de las autoridades con injerencia en dichas operaciones, sino que se extienden para el traslado de los capturados masivamente en flagrancia, los cuales deben ser trasladados en medios aéreos, marítimos o fluviales bajo estrictas medidas de seguridad, pues por tratarse en su mayor parte de campesinos y nativos de las regiones en que practican la minería o sus áreas aledañas, se requieren doblegar esfuerzos que eviten que familiares y allegados conviertan dichas diligencias en un problema social y de orden público, que mengua la legitimidad de las instituciones comprometidas en dichos operativos, especialmente la Fuerza Pública.

Un hecho que agrava esta situación, lo constituye el factor socio cultural de las personas que practican dicha actividad, y quienes sin mayor reparo reconocen en la minería ilegal su mayor sustento económico de sus familias.

Por otro lado, vale la pena señalar que los entrevistados en curso de la presente investigación, discretamente manifestaron su preocupación sobre el procedimiento de destrucción preceptuado en el Decreto 2235 de 2012, objeto de la presente investigación, pues sienten un gran temor a extralimitarse en sus funciones y como consecuencia de

ello, ser vinculados en procesos administrativos, que impliquen a futuro, investigaciones disciplinarias, penales o de repetición en su contra.

Por otro lado, el fenómeno de la corrupción no escapa de este ramillete de preocupaciones que atemorizan y frustran a las autoridades con injerencia en el tema; pues si bien no es la regla general, en algunas regiones del Noroccidente y sur de Colombia, jueces y fiscales bajo amenazas o tentativas propuestas económicas, son permeados por organizaciones ilegales o grupos de delincuencia organizada, para obtener indultos o concesiones que permitan continuar con su ilegal acción minera.

Con el fin de observar que piensan las autoridades mineras, se indagó con algunos funcionarios de las Corporaciones Autónomas Regionales y Fiscalía General de la Nación, para que nos informaran sobre los inconvenientes y aciertos en la judicialización de las personas capturadas en curso de los operativos de que trata el Decreto 2235 de 2012, los cuales señalaron lo siguiente:

En primer lugar, en uno y otro procedimiento, la notificación de las personas capturadas, sobre las cuales continua el proceso penal y ambiental, es de los problemas mas complejos, pues generalmente las personas que adelantan estas practicas de minería ilegal, las realizan dentro de su entorno social y familiar y no suministran datos concretos sobre su domicilio a las autoridades judiciales y administrativas cuando son requeridos, lo que representa para estas ultimas, un retardo en el impulso de las actuaciones adelantadas.

En segundo lugar, señalan que cuando se realizan los operativos, se producen capturas masivas en flagrancia, lo que en virtud del arraigo cultural y familiar enunciado

anteriormente, impiden determinar los autores encargados del direccionamiento de la actividad minera ilegal, contra quien debe dirigirse el proceso sancionatorio.

Al igual que la Fuerza Pública y Policía Nacional, señalan que la logística con la que cuentan estas autoridades son insuficientes y precarias, pues en tratándose de diligencias de destrucción de minera, carecen de medios propios para su traslado al sitio, y dependen del apoyo prestado por los militares; no cuentan con personal capacitado que permita establecer técnicamente los impactos de la actividad minera, y no cuenta con el personal suficiente de policía judicial que pueda apoyar estas actuaciones judiciales.

Por su parte, las Corporaciones autónomas refieren, que no cuentan con presupuesto para adelantar los respectivos análisis de laboratorio sobre las sustancias químicas utilizadas en el proceso de minería, pues regularmente deben recurrir a laboratorios de índole local, los cuales tampoco cuentan con el presupuesto para asumir dichas pruebas. Lo anterior, sin mencionar que en algunos casos por lo especializada de las pruebas requeridas, se debe acudir a laboratorios de otros municipios fuera del departamento, lo que conlleva a que el análisis no se realice en el tiempo legalmente establecido para tal fin y que no puedan someterse debidamente a la cadena de custodia.

Finalmente, otro aspecto que llama la atención, es el relacionado con la falta de acompañamiento por parte de la autoridad minera, que permita identificar en contexto si determinadas áreas cuentan con el respectivo título minero o contrato de concesión, así como también, la pasividad por parte de las autoridades municipales, quienes tienen el deber de monitorear las zonas que han sido objeto de intervenciones por parte de las diferentes autoridades, para evitar que estas zonas sean nuevamente retomadas por

aquellas personas que continúan con esta actividad ilegal, además de que en ciertas oportunidades, restan importancia al asunto delegando a funcionarios sin poder de decisión la asistencia a reuniones previas de estudios de casos, lo cual aplaza cualquier actuación propuesta por las autoridades.

CONCLUSIÓN

Ante dicha problemática, se requiere replantear la estrategia implementada a nivel nacional para combatir el fenómeno de la minería ilegal, pues medidas tales como la imposición de multas, decomiso y destrucción de maquinaria o elementos con los cuales se adelanta la minería ilegal, quedan cortos ante el gran número de inconvenientes a los que se ven abocadas las autoridades encargadas de efectuar dichos procedimientos.

Se debe entonces, hacer una intervención eficaz y urgente al procedimiento mismo que autoriza títulos, de tal forma que tanto mineros como autoridades, tengan claro los procedimientos de legalización y se definan por parte del legislador cursos de acción que les permita formalizar sus actividades, que pongan fin al silencio de la administración sobre los mismos.

Adicionalmente se debe hacer un estricto control a quienes producen, comercializan y transportan los insumos químicos y en tal sentido se requiere con urgencia un cambio estructural en las normas penales, para que las autoridades tengan herramientas que permitan combatir de raíz la minería ilegal, donde se les pueda afectar a través de la incautación o destrucción de insumos, la incautación o destrucción de maquinaria pesada utilizada para tal fin, adelantar procesos de extinción de dominio en los predios rurales, donde se esté adelantando dicha actividad.

Se recomienda implementar una estrategia de capacitación y certificación al minero informal, como estrategia para evitar la contaminación al medio ambiente y deterioro de integridad física y personal, pues el mayor número de eventos incidentes relacionados con accidentes laborales y pérdida de sus propias vidas, sucede ante el temor de los mineros quienes rudimentariamente realizan estas actividades.

En necesaria, la intervención social del gobierno, que permita el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores informales, nuevas oportunidades de generación de fuentes de ingreso, desarrollo alternativo y estimulación de la agricultura y ganadería en las zonas afectadas.

Por otra parte, el inicio de programas de capacitación en el manejo de sustancias químicas y enfermedades derivadas por el uso de las mismas irracional e inadecuado de las mismas, así como campañas que permitan la conservación y cuidado de las cuencas hídricas, la reforestación y la recuperación de la flora y fauna deteriorada con ocasión de estas actividades.

Urge en este sentido la intervención administrativa, que permita el control fiscal y aduanero de la maquinaria pesada que ingresa al país, la creación de un sistema de control y administración minero regional, que incluya inspecciones fiscales mineras; la conformación de mesas técnicas con las autoridades locales, mineras, ambientales, y de policía; al tiempo que destinar un rubro presupuestal a las entidades comprometidas, para la logística requerida en las operaciones ordenadas en el Decreto analizado.

Finalmente, es preciso revisar los tipos penales y procedimientos administrativos, constituir los delitos relacionados con el fenómeno de minería ilegal en delitos excarcelables para que se conviertan en medidas ejemplarizantes, se incorporen nuevos

sustancias en las disposiciones que controlan estas sustancias químicas y por su puesto una mayor articulación de las entidades con injerencia en el tema.

REFERENCIAS

I. Bibliográficas

Arjona, A. (2010, Diciembre 15). “El Boom Minero en Colombia: Boom de la Minería Ilegal y la Minería Antitécnica”, en prensa. Ministerio de Minas y Energías, p. 8.

Bulla, R. (2001) Derecho Ambiental y Estatuto Sancionatorio, Bogotá Ediciones Nueva Jurídica.

Bonilla Martínez, M. (2014). El ABC de la Hacienda Pública: Referente constitucional y legal. Bogotá D.C.: Marco Bonilla.

Chanamé Orbe, R. (2007). Diccionario jurídico: términos y conceptos. Lima: Abogados Editores EIRL.

Constitución Política de Colombia. Art. 332. Julio 7 de 1991 (Colombia)

Cárdenas M Y Chaparro E. Industria minera de los materiales de construcción. Su sustentabilidad en América del Sur, en Serie de recursos naturales e infraestructura. Organización de las Naciones Unidas y CEPAL, Santiago de Chile, 2004.

Herrera González R. (2001) Justicia Ambiental, Universidad Externado de Colombia.

García, María. “Minería, energía y medio ambiente”. Pag.134. Bogotá Universidad externado de Colombia, 2011.

Jiménez de Arechaga, E. (1959). Curso de Derecho Internacional Público. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Ministerio de Minas y Energía (2012), "Censo Minero 2009-2011" Bogotá

Ministerio de Minas y Energías. (Agosto 2003). Glosario Técnico Minero. Bogotá D.C.-

Ortiz Mansalve A. (1992) Derecho de Minas, Bogotá D.C, Ediciones Nueva Jurídica.

Ramírez M. Tratado de derecho ambiental, Vol. 1, Madrid, edit. Trívium 1991

Velásquez Jácome D. (2002) Comentarios al Nuevo Código de Minas en Colombia, Cámara de Comercio de Bogotá.

Valencia Arango J (1983) Derechos Adquiridos, Ediciones Librería del Profesional.

II. Normativas

Decreto 2235 de 2012. Por el cual se reglamentan el artículo 60 de la Decisión No. 774 del 30 de julio de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones y el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 en relación con el uso de maquinaria pesada y sus partes en actividades mineras sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley". Octubre 30 de 2012.

Decisión 77. Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal. Trigésima Quinta Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. 30 Julio 2012. Cartagena de Indias.

Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones" Agosto 15 de 2001. DO No. 44.545 1

Ley 1382 de 2010. "Por el cual se modifica La Ley 685 De 2001 Código De Minas. Febrero 09. Declarado Inexequible con efecto diferido a dos años por la sentencia C-366 de 2001.

Ley 141 de 1994. 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. Junio 28. DO. 41414 de julio 30 de 1994.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. DO. 44097 del 24 de julio de 2000

Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Junio 16 de 2011. DO. 48.102 de 16 de junio de 2001.

Ley 99 de 1993“Ley general Ambiental de Colombia” Diario Oficial No. 41 .146 del 22 de diciembre de 1993.

III. Otras fuentes

Procuraduría General de la Nación. Minería Ilegal en Colombia. Extraído Mayo 10, 2015,

desde <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>.

Redacción Política (2014, 25 septiembre) Diario el Espectador. Pág. 1

Criterios para la ejecución de la medida de destrucción de maquinaria prevista en el Decreto 2235 de 2012. Extraído, 12 mayo, 2015, desde [http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Archivos2013/MineriaNal2013/PROTOCOLO%20MINERO%20\(1\).pdf](http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Archivos2013/MineriaNal2013/PROTOCOLO%20MINERO%20(1).pdf).

Presidencia de la República de Colombia. (2013). DIRECTIVA PRESIDENCIAL N° 10. Bogotá D.C. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Directivas/Documents/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20N%C2%B0%2010%20DEL%202007%20DE%20NOVIEMBRE%202013.pdf> .