



Reflexiones criminológicas y victimológicas del delito de minería ilegal en el Cantón Zaruma

Criminological and victimological reflections on the crime of illegal mining in the Zaruma Canton

Reflexões criminológicas e vitimológicas sobre o crime de mineração ilegal no cantão de Zaruma

Zalo David Machuca-González ^I
Zalomachuca1983@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-0492-2796>

Gabriel Yovany Suqui-Romero ^{II}
gsuqui@utmach.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-3704-8193>

Correspondencia: Zalomachuca1983@gmail.com

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de septiembre de 2022 * **Aceptado:** 31 de octubre de 2022 * **Publicado:** 23 de noviembre de 2022

- I. Maestrante Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- II. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.

Resumen

En Zaruma provincia de El Oro, desde el año 2017 se avistan hundimientos de la superficie terrestre que afectan a zonas urbanas y ponen en riesgo la vida de sus habitantes. La magnitud de estos eventos ha ocasionado severos deterioros y hasta pérdidas de viviendas sin que se haya podido encontrar una solución definitiva, pese a que, por investigaciones periodísticas se ha llegado a determinar que el origen del problema radica en la minería ilegal. Al respecto, el Código Orgánico Integral Penal sanciona a quienes se dediquen a esta actividad, sin embargo, la función preventiva del Derecho penal parece no dar los frutos esperados en este lugar, ya que se sigue evidenciado esta práctica ilegal. Este trabajo tiene como objetivo analizar el tipo penal de actividad ilícita de recursos mineros, los móviles de la comisión del delito y las consecuencias en las víctimas. La investigación cualitativa respaldada en los métodos exegético, comparativo, histórico, analítico, de síntesis, entre otros; permitió concluir que la problemática en Zaruma obedece tanto a necesidades de supervivencia cuanto a ambiciones dinerarias, sumado al desconocimiento de la dogmática penal que regula este delito por parte de los operadores, y a la ausencia de control de organismos gubernamentales.

Palabras claves: Minería Ilegal; Delincuente; Víctima; Criminología; Victimología.

Abstract

In Zaruma province of El Oro, since 2017 subsidence of the earth's surface has been seen that affects urban areas and puts the lives of its inhabitants at risk. The magnitude of these events has caused severe deterioration and even loss of homes without a definitive solution being found, despite the fact that journalistic investigations have determined that the origin of the problem lies in illegal mining. In this regard, the Comprehensive Organic Criminal Code sanctions those who engage in this activity, however, the preventive function of criminal law does not seem to bear the expected results in this place, since this illegal practice continues to be evidenced. This work aims to analyze the criminal type of illegal activity of mining resources, the motives for the commission of the crime and the consequences on the victims. Qualitative research supported by exegetical, comparative, historical, analytical, and synthesis methods, among others; It allowed us to conclude that the problem in Zaruma obeys both survival needs and monetary ambitions,

added to the ignorance of the criminal dogmatics that regulates this crime by the operators, and the lack of control by government agencies.

Keywords: Illegal Mining; Offender; Victim; Criminology; victimology.

Resumo

Na província de Zaruma, El Oro, desde 2017 se observa um afundamento da superfície terrestre que afeta áreas urbanas e põe em risco a vida de seus habitantes. A magnitude desses eventos tem causado grande deterioração e até perda de moradias sem uma solução definitiva, apesar de investigações jornalísticas terem determinado que a origem do problema está na mineração ilegal. Nesse sentido, o Código Penal Orgânico Compreensivo sanciona quem exerce essa atividade, porém, a função preventiva do direito penal não parece trazer os resultados esperados neste local, uma vez que essa prática ilícita continua sendo evidenciada. Este trabalho tem como objetivo analisar o tipo penal da atividade ilícita de recursos minerários, os motivos para o cometimento do crime e as consequências para as vítimas. Pesquisa qualitativa apoiada em métodos exegéticos, comparativos, históricos, analíticos, de síntese, entre outros; Permitiu-nos concluir que o problema em Zaruma obedece tanto a necessidades de sobrevivência como a ambições monetárias, somadas ao desconhecimento da dogmática criminal que regula este crime por parte dos operadores, e ao descontrole por parte dos órgãos governamentais.

Palavras-chave: Mineração Ilegal; Infrator; Vítima; Criminologia; vitimologia.

Introducción

La actividad minera en Ecuador data de mucho tiempo atrás. En sus inicios tiene connotaciones en los ritos y en actividades comerciales, particularmente, en el caso de los minerales preciosos como oro, plata y otros. La explotación de esta clase de minerales comienza a tomar proporción con la llegada de los colonizadores españoles a tierras de lo hoy comprende Ecuador. Desde entonces se puede decir que comienza propiamente la actividad minera ilegal, en el sentido de que sin justas contraprestaciones ni procesos comerciales justos, los minerales preciosos convertidos por los aborígenes en figuras representativas fueron trasladados a fuerza de “colonización” hacia los países colonizadores europeos, concretamente a España.

La minería es una de las actividades principales que da sostén a la economía ecuatoriana, genera

fuentes de trabajo e inversión; pero también es una actividad sumamente riesgosa que requiere la observancia de protocolos y estudios altamente cualificados. Además, requiere de la observancia de todo un marco normativo que partiendo de los postulados y principios convencionales, encuentra sustento en la Constitución de la República de Ecuador (en adelante CRE). Así, en el Art. 1 CRE, el asambleísta constituyente ha dejado advertido que Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (Asamblea Nacional, 2021); de ahí que, los recursos de extracción que constituyen la actividad minera en Ecuador, son patrimonio del Estado. En la misma línea de normativa suprema, en Ecuador como regla general está prohibida la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas y en zonas intangibles; de su lado, la minería metálica se encuentra, también por mandato constitucional, prohibida en cualquiera de sus fases de actividad en las áreas protegidas, en centros urbanos y zonas intangibles (art. 407 CRE). Esta última advertencia constitucional de prohibición es el precedente o, si se quiere, el punto de partida para abordar la problemática de la minería ilegal en el cantón Zaruma de la Provincia de El Oro.

Luego, y lo que interesa para los efectos de este trabajo, como actividad ilegal es advertida y sancionada administrativamente en la Ley de Minería, pero también se encuentra tipificada como delito en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), concretamente en los artículos 260 y 261. En el advertido panorama regulatorio, este trabajo se enfoca en una de las expresiones más duras del poder punitivo del Estado: el Derecho penal, ya que la actividad minera ilegal afecta a bienes jurídicos sensibles como la vida, la salud y la naturaleza. El presente trabajo aborda el tipo penal que norma la actividad ilícita de recursos mineros.

La actividad ilícita de recursos mineros es un delito que protege los recursos naturales no renovables, es decir, es éste el bien jurídico tutelado. Es un delito de peligrosidad y lo puede cometer cualquier persona con capacidad penal, sea ésta natural o jurídica. La citada normativa contempla, como se analiza en este trabajo, un tipo penal básico en el primer párrafo y dos derivados: uno benigno y otro agravado. Además, del análisis del Art. 260 se deduce que se está frente a una actividad minera ilegal cuando ésta es desarrollada sin estar inscrita en el órgano estatal competente y, por ende, no existe título minero para ejercerla. Dentro de ella se encuentra también la denominada minería artesanal e informal, practicada al margen de la ley. Incluye también, los trabajos y las obras de exploración sin la existencia de un título minero; o aquella

que estando amparada por un título minero, la extracción, o parte de ella, se realiza fuera del área otorgada en la licencia (Suárez-López, 2017) o permiso.

El tema seleccionado en esta investigación, reviste importancia actual, dado la preocupación que está generando en la sociedad de la provincia de El Oro, concretamente en la sociedad Zarumeña, las afectaciones en la superficie terrestre producidas por las excavaciones realizadas en su mayoría por actividades mineras ilegales. De ahí que, por cuanto la minería ilegal comporta cuestiones eminentemente jurídicas, es imperiosa la necesidad de abordarla desde la óptica de la academia por medio de la presente investigación. Y es que la cuestión es preocupante, ya que pese a que el COIP sanciona en los arts. 260 y 261 la actividad minera ilegal, sin embargo, en los últimos cinco años en el Cantón Zaruma se la sigue practicando, causando perjuicio directo tanto a la naturaleza cuanto a las víctimas directas como son las familias del referido Cantón. Es por ello que, la presente investigación busca reflexionar la norma jurídico-penal, partiendo desde la realidad de *lege lata* y propia configuración del delito o tipo penal, y también desde el prisma criminológico del delincuente y de la víctima. Finalmente se ha de advertir, que el presente trabajo es producto de una investigación realizada con fines de titulación de Magister en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad Técnica de Machala de uno de los autores.

Desarrollo

Luego de la labor empírica desarrollada en este trabajo en el lugar de los acontecimientos, esto es, en los sectores donde se produjeron los hundimientos de tierra en el Cantón Zaruma-Ecuador, que permitió la recogida de información que será objeto de discusión *infra*; y, también además, dado que luego del análisis a la información documental constante en los expedientes judiciales sobre la materia, se percibió cierto desconocimiento de la dogmática penal respecto del delito de actividad ilícita de recursos mineros, a continuación se reflexiona la regulación del Art. 260 del COIP que norma el delito en cuestión. El siguiente análisis del tipo penal tiene por finalidad, exponer desde la academia, cuestiones dogmáticas que deben ser valoradas judicialmente, a la hora del ejercicio jurisdiccional en cada caso concreto, de cara a coadyuvar en la solución jurídica de la problemática planteada.

El delito de actividad ilícita de recursos mineros

El Art. 260 del COIP tipifica el delito de actividad ilícita de recursos mineros, para efectos de una posterior comprensión de la problemática, en este apartado se analiza la teoría del tipo penal de esta conducta. De ahí que, se ha de resaltar que dogmática y pragmáticamente los tipos penales están estructurados en un doble alcance: objetivo y subjetivo. Desde esta premisa, a continuación se reflexionan cada uno de los elementos estructurales de este tipo penal.

Elementos estructurales objetivos del tipo:

- a) Bien jurídico protegido u objeto de protección.

La determinación del bien jurídico protegido por la norma penal en esta clase de delitos, resulta un tema que aunque aparentemente se vislumbra sencillo, no lo es del todo en la práctica. Esto por cuanto, puede que en la praxis como consecuencia de este delito se afecte un derecho particular individual o a un derecho colectivo. En este sentido y para ahondar su reflexión cabe cuestionarse si en el caso de la regulación del Art. 260 del COIP ¿se está frente a la protección de un bien jurídico colectivo o concreto? Y, además, si ¿se trata de un bien jurídico mediato o inmediato?

Para abordar las interrogantes planteadas, primero se partirá de un análisis sistemático de la regulación penal. En este sentido, el Art. 260 se encuentra insertado en el Parágrafo Primero denominado “delitos contra los recursos mineros” que forma parte de la Sección Sexta denominada “delitos contra los recursos naturales no renovables”; pero esta Sección, a su vez, forma parte del Capítulo Cuarto denominado “delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama”. Todo el advertido organigrama sistemático, forma parte del Título IV (“infracciones en particular”) del Libro Primero del COIP titulado “la Infracción penal”.

En la advertida estructuración orgánica, asoma una primera respuesta a las cuestiones planteadas: el bien jurídico inmediato protegido en el Art. 260 son los recursos mineros. En este sentido, se está frente a un bien jurídico colectivo en la medida que los recursos mineros forman parte de los recursos naturales no renovables, y por ellos entendemos a todos aquellos materiales geológicos que tienen interés económico como materias primas (Ruiz de Almodóvar Sel & Pérez López, 2009); por ende, desde esta perspectiva se asume que se está frente a bienes jurídicos colectivos. Luego, en la práctica, la afectación se convierte en una cuestión particular, en la medida que termina vulnerando derechos individuales –de una persona o de una empresa o asociación–,

cuando por ejemplo, el sujeto activo del delito perjudique derechos mineros legítimamente concesionados a particulares individuales, empresas o asociaciones.

Por otro lado, en la advertida regulación asoma un bien jurídico inmediatamente mediato: los recursos naturales no renovables. En este sentido, el bien jurídico protegido se va afianzado, indiscutiblemente, como colectivo, pues su vulneración afecta a toda la colectividad ecuatoriana.

Finalmente, también en la citada norma se vislumbran bienes jurídicos mediatos: el ambiente y la naturaleza. Entonces, desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido de todas formas es colectivo en la medida que su afectación influye en el colectivo estatal, esto es, la sociedad ecuatoriana en su conjunto.

La advertida reflexión implica de todas formas la necesidad de una conciliación y no de exclusión de la protección a particulares y al Estado ecuatoriano colectivamente considerado, más aún, cuando de por medio está la proclama constitucional y legal de protección a la naturaleza y medio ambiente. De ahí que, lo que se debe considerar respecto del objeto de protección de la citada norma, según Suárez López, radica en la necesidad de determinación por un lado, de la trascendental importancia que el medio ambiente implica para la humanidad; y, por otro lado, también, la importancia y la trascendencia que los recursos naturales implican para el Estado (2017) ecuatoriano; es decir que, la integración de las categorías de bienes jurídicos individualistas, colectivistas y naturalistas, permiten concluir, siguiendo a Huamán y desde una perspectiva holística, que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el medioambiente (2014).

b) Los sujetos del delito.

Son sujetos del delito aquellas personas naturales o jurídicas que, o realizan un comportamiento doloso o culposo con relevancia penal; o aquellas personas naturales o jurídicas que sufren las consecuencias de un actuar delictivo o son objeto de una infracción penal; es decir, son sujetos del delito aquellas personas que tienen capacidad para delinquir y aquellas que tienen la competencia para ser víctimas de un delito. Lo indicado permite clasificarlos en sujetos activo y pasivo.

El sujeto activo.- Generalmente se lo conoce al sujeto activo como aquella persona que teniendo capacidad penal comete un delito. En términos más técnicos y desde una prima normativista, sujeto activo es aquella persona natural o jurídica que conociendo los elementos objetivos del

tipo, voluntariamente adecua de forma dolosa, culposa o preterintencional su conducta a lo descrito en el tipo penal.

Al sujeto activo la dogmática jurídico-penal ecuatoriana lo cataloga dentro de la denominación genérica “partícipes”, distinguiéndolo a su vez en dos categorías agrupadas bajo las denominaciones de autoría y complicidad; con otras letras, el sujeto activo participa en un delito como autor o como cómplice. La primera categoría, a su vez, se encuentra plenamente delimitada para objetos de atribución de responsabilidad penal, en autoría directa e indirecta y en coautoría. En Ecuador, únicamente existe diferenciación de la pena entre las categorías de autores y cómplices; las subcategorías de la autoría se penan bajo la misma condición que la autoría, eso sí, especificadas de modo concreto.

Por otro lado, doctrinariamente el sujeto activo es calificado en atención a las exigencias de cada tipo; así, el sujeto activo puede ser común o cualificado. Esta advertencia ubica frente a la clasificación de delitos comunes y especiales en atención al sujeto activo que interviene. De ahí que, cuando el tipo penal exija una cualificación como por ejemplo, profesión u oficio, se estará frente a un sujeto activo cualificado y, por ende, frente a un delito especial; empero, si el tipo no exige tal cualificación, se estará frente a un sujeto activo simple o común, y por ende frente a un delito común, en la medida que cualquier persona que lo realice podrá ser considerada sujeto activo.

Ahora bien, en el delito de actividad ilícita de recursos mineros del art. 260 del COIP, el sujeto activo no requiere una cualificación especial, ya que según el texto de la norma La persona que sin autorización de la autoridad (...), cometa esta clase de delitos recibirá la respectiva sanción penal; es decir, cualquier persona con capacidad penal puede ser considerado sujeto activo de este delito.

El sujeto pasivo.- El sujeto pasivo es la persona natural o jurídica afectada por la comisión de este delito, sea de forma directa o indirecta. En el caso del presente delito, la regulación vislumbra una posible víctima colectiva, el Estado ecuatoriano. Luego, en el tercer párrafo se vislumbra también una víctima “naturaleza”, cuya consecuencia de la afectación la sufre directamente la población. En el caso de Zaruma, partiendo de sujetos pasivos particulares propietarios de viviendas afectadas por los socavones producidos por la actividad ilícita de recursos mineros, se proyectan potenciales víctimas colectivas, barrios enteros y hasta el propio Cantón construido sobre el cerro en el que se practica esta clase de minería.

c) las modalidades de conducta delictiva.

La regulación del Art. 260 proyecta una suerte de modalidad mixta de conducta. En efecto, por un lado se vislumbra una conducta que refleja varios verbos rectores en modalidad activa; así, acciones como la extracción, explotación, exploración, aprovechamiento, transformación, transportación, comercialización o almacenamiento, constituyen acciones que, de forma individual o concurrente, configuran la tipología de la conducta activa en esta clase de delitos. Ahora bien, por otro lado, pareciera que el tipo exige primariamente una conducta omisiva, pero no en la ejecución de las actividades sobre los recursos mineros advertidas en los verbos rectores, sino en la no obtención del correspondiente permiso o autorización de la autoridad competente, dice la norma. Luego, esta aparente modalidad omisiva se proyecta como un indispensable elemento normativo del tipo, en el sentido que habrá necesariamente que remitirse a la normativa administrativa minera para establecer a qué clase de autorización se refiere el tipo, concretamente, se ha de remitir a la Ley de Minería y su Reglamento.

En esencia, la omisión de obtención de la respectiva autorización condiciona lo ilícito de la posterior actividad minera que subyace en el tipo con las diferentes formas activas expresadas en los advertidos verbos rectores. De ahí que, se puede indicar que en el presente caso se está frente a un delito de peligro abstracto, en la medida que sanciona una conducta que se fundamenta más en el desvalor de la acción que en el resultado propiamente dicho.

Luego, en el último inciso del Art. 260 el legislador ecuatoriano introduce un tipo agravado, en el que sí condiciona la afectación a un bien jurídico particular: la naturaleza, en este caso ¿se está frente a un delito de peligro concreto? Ya que se vislumbra una sanción a una conducta que se fundamenta tanto en el resultado de la afectación cuanto en el desvalor de la acción ¿acaso estamos frente a una delito de peligro abstracto y también de peligro concreto?

En Perú, en cierto modo y con matices, a propósito de la regulación del delito de minería ilegal, se proclama la necesidad de que esta clase de delito sea considerado de peligro abstracto y no solamente de peligro concreto como el que se vislumbra en la regulación del Art. 307°A del Código Penal. Así, a decir de Ruiz & Sánchez, en la regulación penal el legislador optó por tipificarlo al delito de minería ilegal como delito de peligro concreto o resultado, teniendo en consideración que lo que se buscaba proteger era un bien jurídico de naturaleza supraindividual (2018). Es decir, en Perú, conforme al citado Art. 307°A en la medida que la conducta cause o

pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente (sic), se configura el delito de minería ilegal.

Retomando el caso ecuatoriano, la regulación nos ubica, entonces, frente a una suerte de delitos de peligro mixto, es decir, de peligro abstracto en el inciso primero y de peligro concreto en el inciso tercero. Ahora bien, ubicando la problemática en el debate dogmático, como sugiere Donna, lo correcto sería emplear la denominación de delitos de peligrosidad abstracta (2002) en el primer caso, o como prefiere Hirsch, delitos de riesgo abstracto (Hirsch, 1999); mientras que el segundo caso, en la medida que se condiciona la afectación al bien jurídico medio ambiente, siguiendo a Donna, encasillaría dentro de los delitos de peligrosidad concreta (2002, pág. 22).

d) Los elementos normativos del tipo.

Por tratarse el presente, como se ha advertido supra, de un delito de peligrosidad abstracta, entendido como tales a aquellos en que el peligro es únicamente la ratio legis, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva (Cerezo Mir, 2002), es decir, el peligro no es elemento constitutivo del tipo, su consumación no necesariamente exige un resultado, al menos no en el primer inciso del Art. 260; dicha peligrosidad, en el caso ecuatoriano, exige el conocimiento de un elemento normativo. Este elemento normativo no es otro que la falta de autorización de la autoridad competente, por lo que, habrá de buscarse en la ley de la materia la competencia de la autoridad y lo atinente a la autorización para efectos de completar el tipo.

En efecto, la Ley de Minería y su Reglamento regulan lo concerniente a la tramitación y los requisitos o exigencia para obtener las autorizaciones o licencias para la extracción, explotación, exploración, aprovechamiento, transformación, transportación, comercialización y almacenamiento de los recursos mineros. En definitiva, se trata de un elemento objetivo constitutivo del tipo, que obliga a la fiscalía a probar la no existencia de autorización para la actividad minera.

e) La penología.

El delito de actividad ilícita de los recursos mineros del Art. 260 contiene dos tipos penales (atendiendo a su clasificación); un tipo básico, y un subordinado o derivado que a su vez proyecta dos subtipos, uno privilegiado y uno agravado.

En efecto, si por tipo básico se ha de entender a aquellos en los que a decir de García, la redacción de la norma penal contempla la totalidad de los elementos esenciales de la figura delictiva (2019) descrita por el legislador, entonces, el primer inciso del Art. 260 del COIP

constituye el tipo básico de actividad ilícita de recursos mineros. Luego, en el segundo inciso se evidencia la existencia de un tipo penal subordinado privilegiado, al que se lo podría denominar delito de minera artesanal. Finalmente, en el inciso tercero se observa la presencia también de un tipo penal subordinado, pero esta vez ya no privilegiado sino agravado.

Lo advertido respecto de la clasificación de los tipos tiene trascendencia, indudablemente, en la penología. En efecto, el legislador ha predeterminado tres rangos de pena en el delito de actividad ilícita de recursos mineros: a) una pena privativa de libertad de ciento a siete años en el caso del tipo básico (inciso primero); b) una pena privativa de libertad de uno a tres años para el caso del tipo subordinado privilegiado del delito de minería artesanal (segundo inciso); y, c) una pena privativa de libertad de siete a diez años, para el caso del tipo subordinado agravado (inciso tercero).

Además de la pena privativa de libertad, a esta clase de delitos les son imputables también las penas de multa conforme a lo prescrito en el Art. 70 del COIP. En este sentido, para el caso del tipo básico la pena de multa fluctúa entre los doce a los veinte salarios básicos unificados del trabajador en general (en adelante SBU); para el caso del delito de minería artesanal la multa fluctúa entre los cuatro a diez SBU; y, para el caso del tipo subordinado agravado, la multa fluctúa entre los veinte a cuarenta SBU.

La penología advertida sugiere proporcionalidad en relación primero al peligro, luego a la actividad, y finalmente al bien jurídico protegido; es decir, a mayor riesgo o peligro de afectación mayor gravedad en la pena. Esto con respecto a la persona natural.

La persona jurídica sujeto activo del delito

Respecto de la persona jurídica, en esta clase de delitos desde el año 2014 se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica. En efecto, al Sección Sexta del Capítulo Cuarto, Título IV del Libro Primero, abarca los artículos 260, 261, 262, 262, 263, 265, 266 y 267, de los cuales el último de ellos establece que en caso de determinarse la responsabilidad penal de una persona jurídica en los delitos regulados en dicha Sección, la pena que les impondrá es la clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimiento, y una multa que oscila entre los quinientos a mil SBU. Vemos a continuación, brevemente, la penología que se impone por esta clase de delito a una entidad.

- a) Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos.

Consiste en una pena restrictiva del derecho de libertad empresarial, que le imposibilitará realizar las actividades sociales que ejecutan normalmente desde sus locales o establecimientos. Si comparamos esta pena con la de prisión para las persona naturales, su equivalencia consiste en que ésta priva de libertad ambulante de las personas y aquélla priva de libertad empresarial o asociativa para el ejercicio de las actividades sociales. De ahí la necesidad de que, como sostiene Suqui, ambas clases de penas sean consideradas como penas graves y personales (2021).

Con respecto a esta clase de pena, desde el punto de vista criminológico y por cuestiones de política criminal, las clausuras serán solamente de los locales o establecimientos de la persona jurídica del lugar donde se cometió el delito, puesto que las entidades pueden tener varios establecimientos o locales y la pena no necesariamente debe ampliarse a locales donde no se ha verificado el delito o donde no ha surtido efectos.

b) Multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

La multa ha sido considerada como una suerte de “pena estrella” aplicable a las personas jurídicas. Desde el punto de vista criminológico y político criminal, esta pena es la que más de adapta a los fines preventivos para la comisión de delito en las entidades. De ahí que, en caso de que una empresa persona jurídica sea penalmente responsable y condenada por la comisión del delito de actividad ilícitas de recursos mineros, además de la pena restrictiva de libertad empresarial como es la clausura, será condenada también al pago de multa.

c) Criterios para determinar las penas a las personas jurídicas por el delito de actividad ilícita de recursos mineros

Pero ¿bajo qué criterios se regulan las penas de las personas jurídicas por delito de actividad ilícita de recursos mineros? Al respecto, la respuesta la da, aunque de forma lata, el propio Art. 267 del COIP. De ahí que, se hace necesario reflexionar algunas puntualizaciones al respecto, de cara a establecer las consecuencias penales en las entidades por la comisión del delito en cuestión.

En efecto, de la lectura del Art. 267 se desprende que para determinar la multa y los tipos de clausuras, se ha de tomar en consideración la cuantía y la reincidencia. Estas dos cuestiones serán, entonces, los criterios de proporcionalidad al momento de la imposición de las clausuras y de la multa como penas a la persona jurídica.

El criterio de la cuantía.- Pese a que la norma no especifica a qué se refiere, una primera aproximación sería a la cuantía del daño provocado con el delito. Si esto es así, en la práctica la

situación se torna compleja, en el sentido que el juzgador tendrá que analizar cada caso concreto para efectos de imponer rangos de penas (elegir entre clausura definitiva o temporal y además elegir entre rango de los quinientos a mil SBU). Así, por ejemplo, cuando una persona jurídica sin haber obtenido la autorización de la autoridad competente, comience la extracción de recursos mineros sobre un terreno de su propiedad ¿Cuál sería en este caso la cuantía por el daño provocado? En el presente caso, la cuantía sería mínima en atención a que el daño provocado solamente se refiere a la vulneración de la normativa y no a un perjuicio cuantificable en la víctima ya que las afectaciones por extracción es en el propio terreno de la persona jurídica; de ahí que, en este supuesto particular se tendrá que considerar criterios mínimos para la imposición de la pena, que en el caso de clausura sería la clausura temporal y la multa en el rango inferior que sería de quinientos SBU, esto en el tipo básico al igual que el tipo artesanal. Empero, en el caso de que el delito afecte a la naturaleza causando graves estragos, se proyecta ya no una cuantía mínima sino mayor que bien puede servir para modular la pena en clausura definitiva y en multa de mil SBU.

A la reflexión advertida se llega por cuanto, de un análisis sistemático en el COIP, el Art. 622.7 establece como uno de los requisitos que debe contener la sentencia contra la persona jurídica, la verificación de los daños a terceros para poder imponer la pena, y en la medida que el daño provocado sea considerado como la cuantía a la que se refiere el Art. 267, lo reflexionado cobra pertinencia.

El criterio de la reincidencia.- Este criterio versa sobre la reiteración de condenas por el mismo delito de actividad ilícita de recursos mineros. A esta afirmación se llega de una lectura sistemática entre el citado texto del Art. 267 y el Art. 47.21 del COIP. Según esta última norma que regula la reincidencia como agravante de responsabilidad penal de la persona jurídica, habrá reincidencia cuando persona jurídica haya sido sentenciada previamente por el mismo delito.

Los dos criterios en su conjunto permitirán, como se ha advertido, al juzgador escoger de entre los rangos permitidos, o la clausura temporal o la clausura definitiva; y además, cuantificar la multa a imponerle a la persona jurídica desde los rangos mínimos hasta el tope máximo.

Elementos subjetivos del tipo

Los elementos estructurales del tipo conforme a la regulación penal ecuatoriana son dolo y culpa, además, en el segundo inciso del Art. 26 que recoge al dolo, asoma la figura del denominado

“delito preterintencional”. Respecto del delito de actividad ilícita de recursos mineros, se proyecta una conducta solamente dolosa, contrario de lo que ocurre en otras legislaciones como la peruana por ejemplo, en la que además el tipo de minería ilegal del Art. 307°-A-, se proyecta culposo al establecer que si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta y ocho jornadas. Entonces, al menos en el caso ecuatoriano, la peligrosidad abstracta que implica la conducta del delito de actividad ilícita de recursos mineros, parece ser la que ha motivado al legislador nacional a considerarlo solamente en su expresión subjetiva dolosa. En definitiva, en Ecuador no existe delito de actividad ilícita de recursos mineros culposo.

Ahora bien, respecto del dolo, en las tres subespecies del tipo que se proyectan en el Art. 260, bien podría verificarse dolo directo, indirecto y eventual; veamos en qué casos:

Respecto del dolo directo, no se quiere mucho esfuerzo para su determinación, basta la sola realización y conocimiento del tipo objetivo por parte del sujeto activo del delito (incisos primero y segundo del Art. 260 del COIP).

De su lado, el dolo indirecto puede verificarse en el tercer inciso del Art. 260. En efecto, la comisión del delito de minería ilegal puede llegar a lesionar a la naturaleza, esto lo conoce el sujeto activo cuando emprende la ejecución de esta actividad. Ahora bien, en el caso particular de Zaruma, las actividades ilícitas de recursos mineros ejecutadas debajo del Cerro suelo donde se asienta la ciudad, conocida por el sujeto activo, causaron hundimientos y afectaciones al medio ambiente; de ahí que, en estos casos se proyecta un potencial dolo indirecto.

Finalmente, podría haber dolo eventual, cuando por ejemplo, en el primer inciso del Art. 260 el sujeto activo ejecuta la acción extractivista ilegal, pero la obtención de minerales o metales preciosos como el oro o la plata es incierta, es decir, puede verificarse o no.

Concursos o delitos conexos

Las actividades ilícitas de los recursos mineros como delito puede observar concursos con otros delitos conexos como por ejemplo, el financiamiento o suministro de maquinarias para la extracción ilícita de recursos mineros, algunos delitos ambientales, el lavado de activos, la trata de personas, el tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, el enriquecimiento ilícito, el enriquecimiento privado no justificado, el contrabando, la defraudación tributaria, los delitos contra los derechos de los trabajadores, entre otros.

De los potenciales delitos advertidos, la contaminación del agua es uno de aquellos que mayor peligrosidad reviste, puesto que como sostiene Huamán:

La minería necesariamente requiere de agua para poder realizar sus procesos productivos. Existe en torno al agua utilizada un procedimiento para tratarla. En el caso de la minería ilegal, por lo general, el minero ilegal no realiza el tratamiento de las aguas que utiliza, lo cual evidentemente puede causar un daño al medioambiente en función del tipo de procedimiento utilizado (pág. 144).

De ahí que, dado la peligrosidad que representa esta clase de conductas, cobra trascendencia la respuesta contundente del Estado en sede penal, de cara a proteger bienes jurídicos fundamentales frente a las actuaciones delictivas que para obtener minerales preciosos u otros recursos mineros, a toda costa afectan un sin número de bienes jurídicos.

Los móviles de la conducta delictiva en el sujeto activo del delito y las consecuencias en el sujeto pasivo

Una vez analizado el tipo penal de la actividad ilícita de recursos mineros, corresponde reflexionar los móviles o motivos que desde la óptica criminológica influyen en el sujeto activo la comisión del delito; así como las consecuencias del delito en la víctima.

a) Los móviles del sujeto activo.

Como es conocido, sujeto activo es la persona natural o jurídica que comete el delito de actividad ilícita de recursos mineros y que, al amparo de las dos formas de participación, recibirá la respectiva sanción o sanciones descritas en el tipo. Pero, más allá de la necesaria determinación dogmática y probatoria de su participación en el delito, es menester conocer ¿qué le impulsa a realizar el comportamiento delictivo?

En la advertencia planteada, en el delito de actividad ilícita de recursos mineros los móviles se proyectan en la necesidad económica o el rédito que dejará la extracción y comercialización ilegal, sobre todo, de metales preciosos como el oro y la plata, por ejemplo. Estos móviles o motivos han sido los que, básicamente, en el caso particular del Cantón Zaruma, Provincia de El Oro, han conllevado a la reiterativa comisión delictiva que ha terminado por afectar la superficie del casco urbano poniendo en evidente peligro la vida de sus habitantes, inclusive, a los propios infractores.

Y es que la fiebre del oro y de la plata es una herencia que la humanidad la mantendrá en la medida del valor monetario que dichos minerales representan. Pero más allá de estos móviles económicos, en ocasiones las necesidades humanas de supervivencia impulsan a personas a la comisión de esta clase de delitos. Así, por ejemplo, dentro de este grupo de personas asoman aquellas personas desempleadas que buscan y encuentran sustento en estas actividades ilícitas para sostener a su familia, que por lo general practican de forma rústica o artesanal, y de lo cual es consiente el legislador, por ello, en inciso segundo del Art. 260 del COIP contempla como un tipo derivado benigno a la minería artesanal.

Fuera de lo indicado, existen también móviles que solamente persiguen la obtención de réditos económicos no necesariamente para la subsistencia básica, sino y sobre todo, para propósitos meramente lucrativos. En este grupo de potenciales sujetos activos se encuentran empresas, y personas naturales individuales o colectivas que poseen los recursos económicos suficientes para la financiación y/o ejecución de actividades ilícita de recursos mineros. Y es que la fiebre del oro y otros metales preciosos constituye uno de los principales motivos que impulsa la comisión de la minería ilegal sobre todo en empresas que operan al margen de la ley y con lamentables consecuencias en la naturaleza. En este sentido se ha llegado a sostener que: El interés por el oro a gran escala fortaleció verdaderas empresas sin control, lo que determinaba su ilegalidad con las consecuencias destructivas hacia la naturaleza (Porras Velasco & Romero Larco, 2012).

En definitiva, según el trabajo empírico desarrollado en esta investigación, se pudo determinar que los móviles que impulsan la comisión de actividad ilícita de recursos mineros y, en general, minería ilegal, son básicamente las apremiantes necesidades económicas en familias de precarios recursos económicos; y, el enriquecimiento que produce la actividad minera al margen de la ley, en familias o empresas pudientes económicamente.

Pero ¿qué rol juega la prevención del Derecho penal en la evitación de la consumación del delito y/o en la disuasión de los móviles que motivan dicha consumación? Para responder esta cuestión, por un lado se analizaron los expedientes penales judiciales de los últimos diez años sobre delitos de actividad ilegal de recursos mineros en el Cantón Zaruma y zonas aledañas, llegándose a la conclusión que factores como el desconocimiento de la dogmática penal por parte de los operadores que llevaron al estancamiento procesal, así como la posibilidad de conciliación en el delito de financiamiento o suministro de maquinaria para extracción ilícita de recursos mineros, sumado a la falta de control estatal, permearon en los sujetos activos el respeto a la vigencia de la

norma penal, fomentando considerablemente la comisión del delito en atención a los móviles indicados; por otro lado, en las entrevistas a los partícipes personas naturales o jurídicas involucradas en los procesos, se pudo concluir que “más apremiantes o poderosas son las necesidades económicas que el temor a ir a prisión o recibir multas”, es decir, no advertían efectos estatales disuasorios como para optar por la no comisión delictual.

b) Los efectos del delito de actividad ilícita de recursos mineros en las víctimas.

Antes de abordar los efectos de esta clase de delitos en las víctimas, es necesario contextualizar la problemática desde la perspectiva criminológica. En este sentido y en términos generales, la víctima y el delincuente son elementos centrales en el estudio criminológico. Desde la perspectiva advertida, como delincuente se ha de entender a la persona que comete un delito, es decir, aquella que realiza una conducta sancionada por la ley penal, en el caso concreto, por el Código Orgánico Integral Penal. Dentro del análisis del tipo penal el delincuente es el sujeto activo del delito, que en el caso del delito de minería ilegal puede ser una persona natural o jurídica, como se ha indicado líneas atrás. Respecto de la víctima, la Organización Mundial de Naciones Unidas, víctima es: aquel sujeto/os que hayan sufrido daños físicos, psicológicos o emocionales, o un ataque y disminución de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente (...) (Naciones Unidas, 1985).

En el caso del delito de minería ilegal, la víctima o puede ser un concesionario legítimo que vea afectado su derecho por un tercero que practica la minería ilegal (en ese caso se está frente a una víctima directa y que puede ser una persona natural, una jurídica o una asociación u organización de economía popular y solidaria); pero también la víctima colectivamente considerada puede ser la sociedad o el Estado ecuatoriano; además, dado que en Ecuador la naturaleza es sujeto de derechos, en la medida que la actividad ilícita minera llegue a afectarle, puede ser considerada también víctima de este delito.

En sintonía con lo anterior, se ha advertir que las teorías de la criminología y de la victimología tienen por objeto el estudio de las conductas y de las afectaciones que se presentan en el delincuente y la víctima del delito respectivamente. Hay que advertir, sin embargo, que la segunda forma parte de la primera, es decir, la victimología es parte de la criminología. En ese orden de ideas, y desde un prisma sociológico, por criminología ha de entenderse a la disciplina que se dedica al estudio de las acciones sociales y, así mismo, al estudio de las estructuras sociales (Silva García, Vizcaíno Solano, & Ruiz-Rico Ruiz, 2018); en tanto que, desde una óptica

del Derecho penal y entendida en términos primarios y generales como un “tratado o estudio del crimen”, la criminología es considerada como la ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, la víctima y del control social del comportamiento desviado (García-Pablos de Molina, 1989), o como lo explican Perez, Rodríguez & Loy, se ocupa del estudio del crimen, de los infractores, las víctimas y el control social del comportamiento delictivo (2022).

De su lado, a decir de Castelleros, la victimología es una disciplina científica derivada de la criminología que estudia a las víctimas de la delincuencia en las diversas fases de victimización (Castilleros Mimenza, 2019), de ahí que, su conocimiento reviste trascendental importancia a la hora de reflexionar también desde este prisma, la problemática que encierra la minería ilegal.

Finalmente, tanto la criminología cuanto la victimología –entendida ésta como parte de aquella–, concordando con Nájera, se ha de afirmar que el Derecho penal y la criminología se tocan en un nivel empírico, que posibilita la aplicación de una adecuada política criminal (2014), habrá entonces que abordar, por ese lado, la posible solución al problema que representa la minería ilegal en el Cantón Zaruma.

Es importante considerar que las afectaciones a la naturaleza o medio ambiente producidas como consecuencia de la actividad ilícita de recursos mineros, pone en tela de juicio la efectividad en la protección a los derechos de la naturaleza, que en el caso particular de Zaruma estarían siendo vulnerados tanto por particulares cuanto por empresas mineras. Frente a ello, como advierten Soria-Maldonado y Cáceres Romero, los controles municipales y comunitarios son incesantes, convirtiéndose en una suerte de lucha diaria en la cual la naturaleza es el sujeto principal de protección (2022). Y es que los controles de parte de los gobiernos seccionales como municipios y de la propia comunidad zarumeña constituyen, por ahora, el único mecanismo de defensa con que, a falta de control efectivo gubernamental, cuentan los habitantes del Zaruma como se evidencia en Roman:

La comunidad no ha cesado de defender a Zaruma de la explotación de oro en su subsuelo urbano, ciudad patrimonio con muchos títulos de honor que no le han servido. La colonia de zarumeños residentes en Quito logró que la Comisión de la Biodiversidad de la Asamblea Nacional sesione en Zaruma el 15 de enero de 2020, pero no pudo hacerlo porque ocho de sus once integrantes no concurrieron a esta cita, solo enviaron a sus representantes, violando la disposición de su obligatoriedad de estar presentes. Por falta de quorum se limitaron a escuchar

nuestras quejas. El Ministerio de Energía, el 12 de septiembre de 2019, expidió el Acuerdo Ministerial 2019-050 para continuar las actividades mineras bajo la ciudad de Zaruma (2020).

Conclusiones

El delito de minería ilegal es un tipo que, en el caso ecuatoriano, comporta una regulación un tanto compleja. En tal sentido, su reflexión dogmática debe ser seriamente abordado por los operadores judiciales para evitar en unos casos impunidad y en otros para no caer en excesos punitivos.

El tipo penal sugiere, dogmáticamente la presencia de un delito de peligro abstracto, no obstante, la última parte del Art. 260, esto es, el inciso tercero, proyecta una regulación que visualiza un peligro concreto. Esta situación única la discusión en sede política criminal y también, obviamente, probatoria, cuando se deba probar afectaciones a la naturaleza producto del delito de actividad ilícita de recursos mineros.

Entre las causas o móviles de la comisión del delito asoman generalmente dos. Una asociada a las apremiantes necesidades económicas de personas o familias de precarios recursos económicos; y, otra asociada al interés monetario o de enriquecimiento de personas o familiar pudientes económicamente, o de empresas que quieren obtener mayores réditos a costa de practicar actividades la margen de la ley.

Finalmente, respecto de la víctima, en el caso particular del cantón Zaruma, se proyectan afectaciones al medio ambiente y a viviendas familiares con eminente riesgo para la vida no solamente de las personas hasta ahora afectados, sino, inclusive, de toda o de gran parte de la ciudad.

Referencias

1. Asamblea Nacional. (25 de enero de 2021). Asamblea Nacional. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas?leyes-aprobadas=All&title=&fecha=&page=1>
2. Castilleros Mimenza, O. (01 de Septiembre de 2019). Victimología: ¿qué es y cuál es su objeto de estudio? Obtenido de SIJUFOR: <https://www.sijufor.org/informacioacuten-relevante-en-materia-forense/victimologia-que-es-y-cual-es-su-objeto-de-estudio>

3. Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 47-72.
4. Donna, E. (2002). *Derecho Penal. Parte Especial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
5. García Caverro, P. (2019). *Derecho Penal. Parte Genereal*. Lima: Ideas.
6. García-Pablos de Molina, A. (1989). La aportación de la criminología. *EGUZKILORE*, 79-94.
7. Hisch, H. (1999). *Peligro y peligrosidad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
8. Huamán Castellares , D. (2014). El delito de minería ilegal: Principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes. En J. (. Hurtado Pozo, & F. Mendoza Llamapconcca, *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance* (págs. 423-445). Lima: Universitas.
9. Naciones Unidas. (29 de Noviembre de 1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>
10. Nájera González, X. (2014). Criminología, derecho penal y uso de monitores electrónicos. Puntos de encuentro epistemológico en la protección de los derechos humanos y la seguridad pública. *IUS*, 101-124.
11. Pérez González, E., Rodríguez Jorge, R., & Loy Vera, B. (2022). La aplicación de la psicología clínica en las investigaciones forenses actuales. *Medicentro Electrónica* , 10-18.
12. Porras Velasco, A., & Romero Larco, J. (2012). *Guía de Jurisprudencia constitucional ecuatoriana*. Quito: CEDEC.
13. Román , J. (03 de febrero de 2020). Zaruma se hunde por la minería clandestina. *El Universo*, pág. <https://bit.ly/3fIpn4A>.
14. Ruiz Bravo, H., & Mayor Sánchez, J. (2018). La minería ilegal como delito de peligro abstracto en el Perú. Análisis a propósito de la actividad de beneficio que desarrolla la minería ilegal aluvial en los cauces de los ríos. . *Actualidad penal y procesal penal*, 149-161.

15. Ruiz de Almodóvar Sel , G., & Pérez López, R. (2009). Recursos minerales. En M. e. Olías Álvarez, Geología de Huelva : lugares de interés geológico (págs. 37-47). Huelva: Universidad de Huelva, 2da Ed.
16. Silva García, G., Vizcaíno Solano, A., & Ruiz-Rico Ruiz, G. (2018). El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas. Utopía y Praxis Latinoamericana, 11-31.
17. Soria-Maldonado, F., & Cáceres-Romero, H. (2022). La minería legal y sus efectos en la vulneración de los derechos de la naturaleza. Polo del Conocimiento, 1650-1664.
18. Suárez-López, B. (2017). Retos de la regulación jurídicopenal de la minería en Colombia. Estudio del artículo 333 del Código Penal colombiano. Vniversitas, 421-456.
19. Suárez-López, B. (2017). Retos de la regulación jurídico-penal de la minería en Colombia. Estudio del artículo 333 del Código Penal Colombiano. Vniversitas, 421-456.
20. Suqui Romero, G. (2021). Sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Ecuador. Recuperado el 16 de 10 de 2022, de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=291678>

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative

Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).