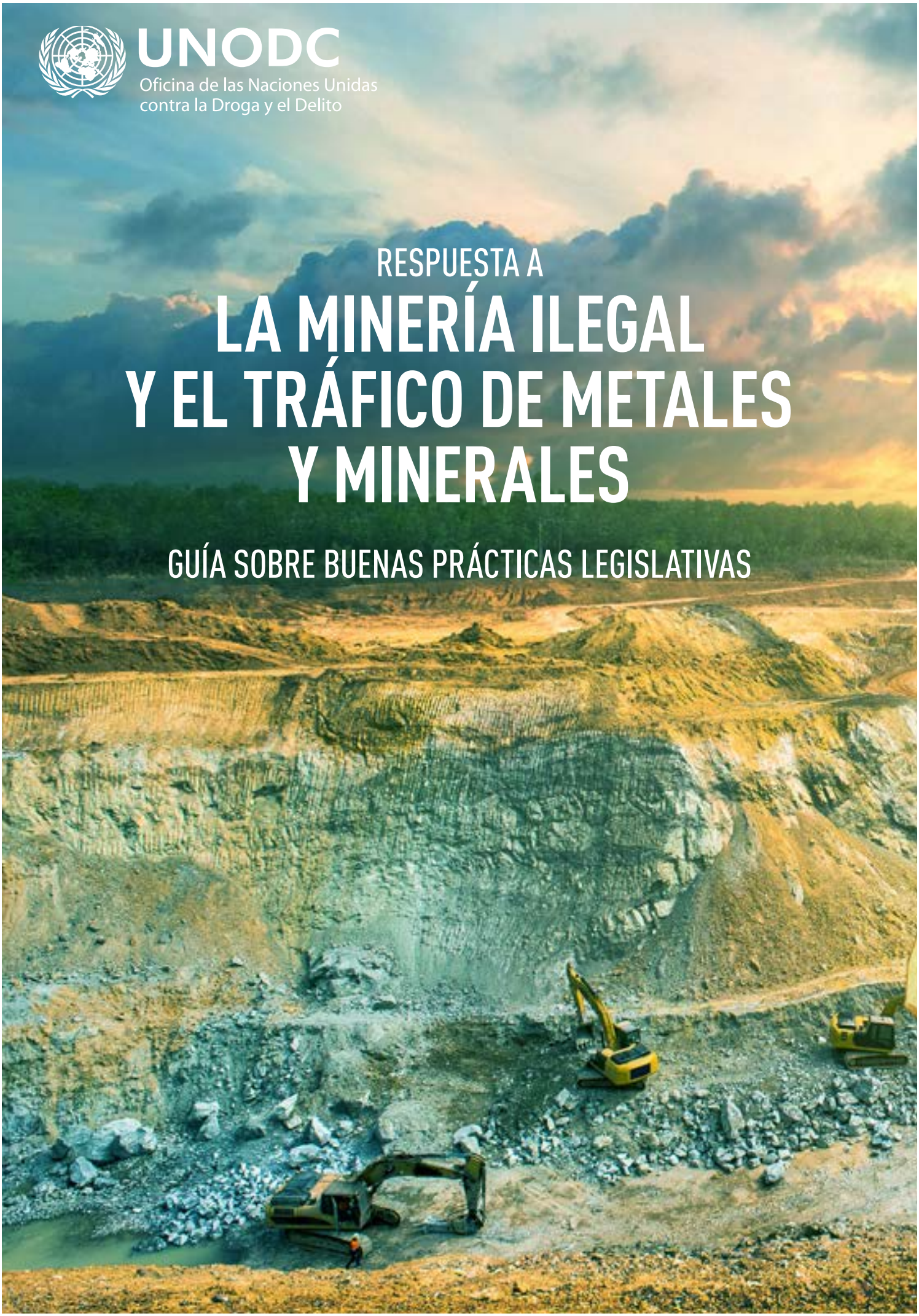
UNODC
Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

RESPUESTA A

LA MINERÍA ILEGAL Y EL TRÁFICO DE METALES Y MINERALES

GUÍA SOBRE BUENAS PRÁCTICAS LEGISLATIVAS



OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO

RESPUESTA A
LA MINERÍA ILEGAL Y EL TRÁFICO DE METALES Y MINERALES

GUÍA SOBRE BUENAS PRÁCTICAS LEGISLATIVAS

NACIONES UNIDAS
Viena, 2023

AGRADECIMIENTOS

La presente publicación fue preparada por la Sección de Apoyo a la Conferencia de la Subdivisión de Lucha contra la Delincuencia Organizada y el Tráfico Ilícito de la División de Tratados de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en el marco del Programa Mundial para la Aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada: de la Teoría a la Práctica.

Investigación y redacción

La guía fue redactada por Yuliya Zabyelina, consultora particular, quien contó con la ayuda de los siguientes funcionarios de la UNODC: Colin Craig, Roxana-Andreea Mastor, Chervine Oftadeh y Riikka Puttonen. También contribuyeron a la redacción de la publicación los siguientes funcionarios de la UNODC: Jonathan Bourguignon, Marion Crepet, Jenna Dawson-Faber, Sofia Dems, Inneke Geyskens-Borgions, Manuela Matzinger, Fabián Camilo Olave Méndez, Salomé Ponson, Anamaría Talero Pilonieta y Elisabeth Seidl.

Contribuciones

Otras personas y organizaciones contribuyeron a la elaboración de la presente guía. La UNODC expresa su profundo agradecimiento a quienes transmitieron sus conocimientos especializados y su experiencia durante la reunión del grupo internacional de expertos celebrada en formato virtual del 22 al 24 de marzo de 2022: Ulyses A. Aguila (Filipinas), Eder Andrés Argumedo Buelvas (Colombia), Jean Pierre Araujo Meloni (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (Perú)), Michael Bejos (Organización de los Estados Americanos (OEA)), Mohamed Daghar (proyecto de la Unión Europea para mejorar la respuesta de África a la delincuencia organizada transnacional (ENACT)), José Antonio Dávalos (Ecuador), Terrence F. Dulay (Filipinas), el Buró Federal de Investigaciones de los Estados Unidos de América, Rocío Fernández García (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)), Marco Foddi (Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)), Gloria Paola Forero (Colombia), John Grajales (OEA), Milagros Granados Mandujano (Perú), Christophe Hanne Coulibaly (Alianza por la Minería Responsable (Colombia)), Marcena Hunter (Global Initiative against Transnational Organized Crime), David Kane (Organización Mundial de Aduanas), Angela Kariuki (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), Lakshmi Kumar (Global Financial Integrity), Luca Maiotti (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)), Louis Maréchal (OCDE), Joseph R. Pangilinan (Filipinas), Mark Pieth (Instituto de Gobernanza de Basilea (Suiza)), Kelly Ross (experto independiente (Canadá)), Gaston Schulmeister (OEA), Jerome Stucki (ONUDI), Lionel Try (INTERPOL), Redentor C. Ulsano (Filipinas), Jorge Viteri (Ecuador) y Xiumei Wang (Universidad Normal de Beijing (China)).

La presente publicación recibió apoyo a través de la generosa contribución financiera del Gobierno de Francia, con apoyo financiero adicional de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) para su traducción al español. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la UNODC y no refleja necesariamente los puntos de vista de los Gobiernos de Francia o de los Estados Unidos de América.

Producción editorial: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

ÍNDICE

Página

Página

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES SOBRE LOS DELITOS QUE AFECTAN AL MEDIO AMBIENTE

Los delitos que afectan al medio ambiente abarcan una amplia gama de actividades ilícitas que causan daños al mundo natural, en su conjunto o en una zona geográfica concreta[1]. Entre ellos se encuentran los delitos contra la fauna y la flora silvestres, el tráfico ilícito de madera y productos madereros, los delitos en el sector pesquero, el tráfico de desechos, incluidas sustancias peligrosas, y el tema de la presente guía: la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Algunas ramificaciones de estos delitos son irreversibles y pueden ser lo suficientemente graves como para destruir ecosistemas y comunidades enteros, pues socavan las operaciones lícitas y ecológicamente viables y disminuyen las alternativas futuras de recursos. También pueden privar a las comunidades locales de recursos vitales y limitar la capacidad de estas de acceder a ingresos legítimos mediante actividades productivas tradicionales, perpetuando así el empobrecimiento y la violencia armada[2]. Las diversas consecuencias negativas de los delitos que afectan al medio ambiente dificultan el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre ellos el Objetivo 3 (vida sana y bienestar para todos a todas las edades), el Objetivo 6 (disponibilidad y gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos), el Objetivo 12 (modalidades de consumo y producción sostenibles), el Objetivo 15 (uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestión sostenible de los bosques y lucha contra la desertificación, la degradación de las tierras y la pérdida de biodiversidad) y el Objetivo 16 (sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, acceso a la justicia para todos e instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas a todos los niveles)[3].

Numerosos factores fomentan los delitos que afectan al medio ambiente. Entre los más destacados se encuentran la obtención de beneficios económicos atractivos y la elevada demanda de los bienes y servicios que se generan cometiendo esos delitos. También se considera que las situaciones de pobreza son un factor destacado que fomenta los delitos que afectan al medio ambiente, pues las dificultades económicas facilitan que los grupos delictivos organizados recluten a delincuentes de bajo nivel[4]. Hay personas que pueden verse obligadas

[1] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), *The State of Knowledge of Crimes that Have Serious Impacts on the Environment* (Nairobi, 2018), pág. XVI.

[2] PNUMA, *From Conflict to Peacebuilding: The Role of Natural Resources and the Environment* (Nairobi, 2009); Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de las Naciones Unidas, *Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflict: Land and Conflict* (Nairobi, 2012).

[3] Para obtener más información sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, véase **https://sdgs.un.org/es/goals**.

[4] Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) y PNUMA, *Strategic Report: Environment, Peace and Security – A Convergence of Threats* (2016).

a cometer delitos que afectan al medio ambiente porque necesitan ingresos, especialmente en lugares donde no hay alternativas de empleo.

En su resolución 10/6, titulada "Prevenir y combatir los delitos que afectan al medio ambiente comprendidos en el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional" y aprobada en 2020, la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional observó con preocupación que los delitos que tienen repercusiones en el medio ambiente habían pasado a estar entre las actividades delictivas transnacionales más lucrativas y estaban estrechamente interrelacionados con diferentes formas de delitos y corrupción. En ese contexto, la Conferencia de las Partes afirmó que la Convención contra la Delincuencia Organizada

> constituye un instrumento eficaz y una parte esencial del marco jurídico destinado a prevenir y combatir los delitos organizados transnacionales que afectan al medio ambiente y a reforzar la cooperación internacional en ese ámbito[5]

y afirmó su determinación de proteger a las víctimas, expresando su profunda preocupación por

> todas las personas muertas, heridas, amenazadas o explotadas por los grupos delictivos organizados involucrados en delitos que repercuten en el medio ambiente o que se benefician de ellos, y por aquellas cuyo entorno vital, seguridad, salud o medios de vida se ven amenazados o puestos en peligro por esos delitos[6].

La Conferencia de las Partes exhortó a los Estados partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada

> a que consideren que, en los casos apropiados, los delitos que afectan al medio ambiente constituyen delitos graves […], de conformidad con la definición que figura en el artículo 2, párrafo *b)*, de la Convención, a fin de que, en los casos de los delitos de carácter transnacional en los que esté involucrado un grupo delictivo organizado, pueda prestarse una cooperación internacional eficaz en el marco de la Convención[7]

y solicitó

> a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que, con sujeción a la disponibilidad de recursos extrapresupuestarios y en el marco de su mandato, preste a los Estados partes que la soliciten asistencia técnica y para el fomento de la capacidad, a fin de apoyar sus esfuerzos por aplicar eficazmente la Convención para prevenir y combatir los delitos de la delincuencia organizada transnacional que afectan al medio ambiente[8].

Esas recomendaciones de la Conferencia de las Partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada están en consonancia con la resolución 8/12 de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, titulada "Prevención y lucha contra la corrupción en lo relativo a los delitos que repercuten en el medio ambiente", en la cual la Conferencia de los Estados Partes observó con preocupación el papel que podía desempeñar la corrupción en los delitos que repercuten en el medio ambiente y la posibilidad de que el blanqueo de dinero se utilizara para disimular u ocultar el origen de los productos obtenidos ilegalmente y facilitar la comisión de delitos que repercuten en el medio ambiente. La Conferencia instó a los Estados partes en la Convención contra la Corrupción

> a que apliquen la Convención de conformidad con su legislación nacional y a que velen por el respeto de sus disposiciones, con miras a hacer el mejor uso posible de la Convención para prevenir y combatir la corrupción en lo relativo a los delitos que repercuten en el medio ambiente y a recuperar

[5] CTOC/COP/2020/10, resolución 10/6, párr. 1.
[6] *Ibid.*, décimo párrafo del preámbulo.
[7] *Ibid.*, párr. 4.
[8] *Ibid.*, párr. 15.

> y restituir el producto de los delitos que repercuten en el medio ambiente, de conformidad con la Convención[9].

En 2021, el 14º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal aprobó la Declaración de Kioto sobre la Promoción de la Prevención del Delito, la Justicia Penal y el Estado de Derecho: Hacia el Cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[10], en la que se recalca la determinación de los Estados Miembros de adoptar medidas eficaces para prevenir y combatir los delitos que afectan al medio ambiente, como

> el tráfico ilícito de fauna y flora silvestres, incluidas la flora y la fauna protegidas por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, de madera y productos de madera, de desechos peligrosos y otros desechos, y de metales preciosos, piedras y otros minerales, así como, entre otras cosas, la caza furtiva, haciendo el mejor uso posible de los instrumentos internacionales pertinentes y reforzando para ello la legislación, la cooperación internacional, la creación de capacidad, las respuestas de la justicia penal y las actividades de aplicación de la ley encaminadas, entre otras cosas, a afrontar la delincuencia organizada transnacional, la corrupción y el blanqueo de dinero vinculado a esos delitos y a los flujos financieros ilícitos derivados de ellos, reconociendo al mismo tiempo la necesidad de privar a los delincuentes del producto del delito[11].

Más recientemente, en su resolución 76/185, aprobada el 16 de diciembre de 2021, la Asamblea General pidió que se adoptaran "un enfoque y una respuesta equilibrados, integrados, amplios y multidisciplinarios para hacer frente a los desafíos complejos y polifacéticos relacionados con los delitos que afectan al medio ambiente", reconociendo que se requerían medidas amplias y orientadas al desarrollo sostenible a largo plazo.

LA MINERÍA ILEGAL Y EL TRÁFICO DE METALES Y MINERALES COMO DELITOS QUE AFECTAN AL MEDIO AMBIENTE

La minería ilegal y el tráfico de metales y minerales entran en el abanico conceptual de los delitos que afectan al medio ambiente que ya se ha examinado. Aunque no existe una definición aceptada universalmente de minería ilegal y es difícil estimar el alcance exacto del delito, el término se refiere a la actividad minera que: *a)* es llevada a cabo por una persona, física o jurídica, o un grupo de personas, sin cumplir los requisitos de la legislación o los reglamentos administrativos aplicables que rigen esas actividades; o *b)* se lleva a cabo en zonas en las que está prohibido realizar tales actividades o utilizando equipo, artefactos o sustancias químicas prohibidos.

La minería ilegal tiene lugar tanto en la superficie como en el subsuelo, en minas cerradas y abandonadas, y a veces incluso en minas que están en funcionamiento. Se entrecruza con la intromisión ilegítima en emplazamientos mineros activos o clausurados, y puede tener lugar en áreas protegidas, parques naturales, lugares históricos y tierras indígenas[12]. En algunos países, quienes se dedican a la minería ilegal suelen estar fuertemente armados cuando entran ilegalmente en minas en funcionamiento y preparan emboscadas y trampas para los empleados, el personal de seguridad y los grupos delictivos organizados que se dedican a la minería ilegal de la competencia[13].

La minería ilegal tiene una serie de efectos perjudiciales para el medio ambiente, los hábitats, la vida humana y animal, las comunidades indígenas y sus medios de vida, la salud pública, las economías, el desarrollo y

[9] CAC/COSP/2019/17, resolución 8/12, párr. 3.

[10] Resolución 76/181 de la Asamblea General, anexo.

[11] *Ibid*., párr. 87.

[12] Patricia Quijano Vallejos *et al*., *Undermining Rights: Indigenous Lands and Mining in the Amazon* (Washington D. C., World Resources Institute, 2020).

[13] Véase **www.mineralscouncil.org.za/work/illegal-mining**.

el estado de derecho[14]. Quienes se dedican a ella suelen utilizar equipo, artefactos y sustancias químicas peligrosos para el medio ambiente, lo cual no solo pone en riesgo su propia salud, sino que también causa graves daños ambientales.

Además de causar daños ambientales irreversibles, la minería ilegal se ha citado como uno de los factores que contribuyen a intensificar y mantener los conflictos violentos, pues la venta de minerales extraídos de forma ilegal es una importante fuente de ingresos para las milicias, los caudillos[15], los grupos delictivos organizados[16] y, en algunos casos, las organizaciones terroristas[17]. Las organizaciones delictivas también obtienen beneficios mediante el control ilegal del acceso a las minas o la extorsión para obtener pagos por las operaciones mineras o siendo beneficiarias finales o de otro tipo de las empresas extractoras[18].

La mejor manera de ilustrar la relación entre los conflictos violentos y los recursos minerales es con el ejemplo de los minerales conflictivos, en particular los diamantes[19]. Es de sobra conocido que las guerras civiles que tuvieron lugar en África en la década de 1990 y principios de la década de 2000 fueron libradas en gran medida por grupos insurgentes que adquirían armas de fuego y municiones con los recursos producto de la explotación ilegal de las minas de diamantes y del comercio ilícito de estos[20]. Los minerales conflictivos han impulsado y siguen perpetuando la violencia armada.

La minería ilegal y el tráfico de metales y minerales han pasado a ser motivo de preocupación para la comunidad internacional debido a la involucración en esas actividades de grupos delictivos organizados. Estos se sirven de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales para obtener acceso a técnicas de blanqueo de dinero difíciles de detectar y a las cadenas de suministro legítimas de las empresas del sector minero, de las que abusan en su beneficio[21]. En su resolución 2019/23, el Consejo Económico y Social recordó su resolución 2013/38, en la que había subrayado la necesidad de elaborar estrategias y medidas amplias, polifacéticas y coherentes para luchar contra el tráfico de metales preciosos, e invitó a los Estados Miembros a que adoptaran las medidas apropiadas para prevenir y combatir el tráfico de metales preciosos por grupos delictivos organizados, entre otras cosas mediante la cooperación internacional prevista en la Convención contra la Delincuencia Organizada y en la Convención contra la Corrupción. En 2020, en su resolución 75/196, la Asamblea General recalcó el considerable aumento del volumen y la variedad de los delitos relacionados con el tráfico de metales preciosos y minerales, reconociendo la posibilidad de que se utilizaran como fuente de financiación de la delincuencia organizada y el terrorismo, y exhortó a que se adoptaran medidas apropiadas y eficaces para prevenir y combatir el tráfico de metales preciosos por grupos delictivos organizados, incluida la aprobación de la legislación necesaria.

---

[14] Carmen Heck y Jaime Tranca, eds., *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos* (Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014); Nino Schön-Blume *et al.*, *The Impact of Gold: Sustainability Aspects in the Gold Supply-Chains and Switzerland's Role as a Gold Hub* (Zúrich (Suiza), World Wildlife Fund, 2021), págs. 25 a 39, y Yuliya Zabyelina y Daan van Uhm, eds., *Illegal Mining: Organized Crime, Corruption, and Ecocide in a Resource-Scarce World* (Cham (Suiza), Palgrave Macmillan, 2020), págs. 14 a 17.

[15] Resolución 61/28 de la Asamblea General. Véase también Kimberley L. Thachuk, "Warlords and their black holes: the plunder of mining regions in Afghanistan and the Central African Republic by organized crime", en *Illegal Mining*, Zabyelina y van Uhm, eds., págs. 205 a 237.

[16] Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, *Strengthening the Security and Integrity of the Precious Metals Supply Chain: Technical Report* (Turín (Italia), 2016), y Daan van Uhm, "The diversification of organized crime into gold mining: domination, crime convergence, and ecocide in Darién, Colombia", en *Illegal Mining*, Zabyelina y van Uhm, eds., págs. 105 a 146.

[17] Organización de los Estados Americanos (OEA), Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, *Tras el dinero del oro ilícito: fortalecimiento de la lucha contra las finanzas de la minería ilegal. El caso de Colombia* (Washington D. C., 2022), y William A. Byrd y Javed Noorani, "Industrial-scale looting of Afghanistan's mineral resources", informe especial núm. 404 (Washington D. C., United States Institute of Peace, 2014).

[18] OEA, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, *Tras el dinero del oro ilícito: fortaleciendo la lucha contra las finanzas de la minería ilegal. El caso de Perú* (Washington D. C., 2021), pág. 5. (Washington D. C., 2021), pág. 5.

[19] Philippe Le Billon, *Wars of Plunder: Conflicts, Profits and the Politics of Resources* (Oxford, Oxford University Press, 2014).

[20] Véase la resolución 55/56 de la Asamblea General.

[21] Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, *Strengthening the Security and Integrity of the Precious Metals Supply Chain*.

Estos y otros debates de alto nivel ponen claramente de manifiesto la importancia de adoptar medidas apropiadas y eficaces para prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, y que estos delitos han pasado a formar parte de la agenda de la comunidad internacional como cuestión que requiere la atención más urgente por parte de esta.

OBJETIVO, ALCANCE Y PÚBLICO DESTINATARIO

Entre los principales obstáculos que dificultan la lucha contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se encuentran unos marcos jurídicos incoherentes y a menudo inadecuados, junto con una aplicación fragmentada. Algunas leyes nacionales presentan lagunas en lo que respecta a la tipificación como delitos de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, contienen sanciones insuficientes para castigarlos y no reflejan las recomendaciones ni las mejores prácticas internacionales.

El objetivo de la presente guía es ayudar a los Gobiernos a aprobar legislación nacional relacionada con la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales, o mejorar las leyes existentes, mediante el marco legislativo que ofrece la Convención contra la Delincuencia Organizada. Por consiguiente, el público destinatario principal de la guía lo integran las instancias normativas y legisladoras y quienes redactan los textos legislativos. La guía también puede ser pertinente para otras partes interesadas, como las que representan a las organizaciones de la sociedad civil, las instituciones académicas y el sector privado.

La guía se concentra en la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada con el fin de combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, pero también tiene en cuenta otros instrumentos, normas y estándares y documentos internacionales pertinentes. El objetivo de ello es ofrecer una imagen global de las buenas prácticas y las recomendaciones.

Cabe señalar que en la guía la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se tratan desde el punto de vista de la justicia penal. Temas más amplios como la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala y el desarrollo de las comunidades mineras rurales solo se tratan brevemente. No se han incluido en la guía la extracción de hidrocarburos ni las actividades conexas porque suelen estar reguladas por un conjunto diferenciado de leyes relativas a la industria del petróleo y el gas.

CÓMO UTILIZAR LA GUÍA

Los Estados pueden utilizar la presente guía como herramienta al redactar, examinar o modificar la legislación nacional para prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. La legislación nacional debe adaptarse a la tradición jurídica y al contexto social, económico, cultural y geográfico particular de cada Estado, por lo que la guía no ofrece una ley modelo única lista para ser introducida en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales. En lugar de eso, se aconseja a los Estados que adapten las disposiciones modelo y las recomendaciones que figuran en la guía para que se ajusten a las condiciones, los principios constitucionales, la cultura jurídica y las estructuras locales, y a los marcos reguladores y de aplicación existentes. Se aconseja a los Gobiernos que consulten con todas las partes interesadas pertinentes durante el proceso de aprobación o modificación de la legislación correspondiente.

A lo largo de las disposiciones legislativas modelo que figuran en la presente guía se utilizan corchetes para indicar palabras o expresiones concretas que deberán adaptarse al Estado de que se trate. Por ejemplo, se utilizan corchetes cuando en las disposiciones modelo se hace referencia al nombre del Estado, a otras disposiciones que figuran en la guía, a otras leyes nacionales y a los tribunales, ministerios y autoridades competentes del país. También se utilizan para hacer hincapié en las situaciones en las que se ofrecen variantes de redacción.

Antes de presentar las disposiciones legislativas modelo específicas para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, en la sección titulada “Consideraciones generales”, que también incluye cuestiones

globales que los Estados deberían tener en cuenta antes de aprobar o modificar las leyes correspondientes, se tratan los aspectos pertinentes del derecho internacional, prestando especial atención a la minería ilegal.

Las disposiciones legislativas modelo se presentan en recuadros. También se incluyen pasajes de leyes y reglamentos nacionales para ofrecer ejemplos concretos de enfoques y prácticas legislativos pertinentes. Se ha procurado garantizar la representación geográfica equitativa en los ejemplos de leyes nacionales y reflejar la diversidad de las tradiciones jurídicas de los distintos Estados. Hay recuadros que presentan información adicional, ideas sobre prevención y ejemplos de causas y que ofrecen más información y conocimientos sobre determinados temas de interés.

La guía se divide en siete capítulos. En el capítulo 1 se expone el contexto relacionado con el derecho internacional y el derecho interno sobre minería. En los capítulos 2 a 7 se ofrecen orientaciones y, si procede, disposiciones legislativas modelo que pueden tomar como base quienes redactan los textos legislativos para modificar o elaborar leyes que tengan por objeto prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. La guía concluye con unas breves observaciones sobre la contribución que se prevé que aporte y el valor que puede tener para quienes redactan los textos legislativos y otras partes interesadas.

Capítulo 1.

CONSIDERACIONES GENERALES

DERECHO INTERNACIONAL

En el presente capítulo se abordan algunos marcos jurídicos y normativos amplios que los Estados deberían tener en cuenta al aprobar leyes nacionales sobre la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales o modificar las existentes. Las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional exigen que estos, al elaborar leyes para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, tengan debidamente en cuenta el marco jurídico internacional aplicable, incluidos los convenios y convenciones internacionales, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho[22].

Convención contra la Delincuencia Organizada

Habida cuenta de que se sabe que hay grupos delictivos organizados involucrados en la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y del carácter transnacional de estos, la presente guía se basa principalmente en la Convención contra la Delincuencia Organizada y en la segunda edición de las *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada*, elaboradas por la UNODC y publicadas en 2021, para facilitar y ayudar a sistematizar la prestación de asistencia legislativa y mejorar el proceso de examen y modificación de la legislación vigente y la aprobación de nuevas leyes por los propios Estados Miembros.

La Convención contra la Delincuencia Organizada es el principal instrumento internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Fue aprobada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000 y, desde entonces, se ha convertido en uno de los tratados que mejor acogida han tenido en el mundo, pues en el momento de redactar esta guía hay 190 partes en la Convención. La Convención refleja el reconocimiento por los Estados Miembros de la gravedad de los problemas causados por las actividades de los grupos delictivos organizados y la necesidad de promover y fortalecer la cooperación internacional para hacer frente a esos problemas. Los Estados que ratifican la Convención se comprometen a adoptar una serie de medidas contra la delincuencia organizada transnacional, entre las que se encuentran las siguientes: *a)* tipificar como delitos determinadas actividades en la legislación nacional; *b)* apoyar la extradición, la asistencia judicial recíproca

[22] Las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional serán necesariamente diferentes en función, entre otras cosas, de los tratados internacionales y regionales en los que sean partes. En consecuencia, al evaluar el marco jurídico internacional aplicable, los Estados deberían tener en cuenta, además de las orientaciones que figuran en este capítulo, las obligaciones específicas que les incumben en virtud de los tratados.

y la cooperación en materia de cumplimiento de la ley; y *c)* proporcionar capacitación y asistencia técnica para desarrollar o mejorar las capacidades que deben tener las autoridades nacionales.

El ámbito de aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada se define en su artículo 3. En virtud de este, las medidas que figuran en la Convención se aplican, salvo que se disponga otra cosa, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a las disposiciones sobre tipificación que figuran en la Convención y de los "delitos graves", cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, y la adopción de decisiones judiciales respecto de esos delitos[23].

En la Convención se facilita información más detallada sobre el significado de "grupo delictivo organizado" y de "delito grave", y sobre cuándo se considera que un delito es de carácter transnacional. Se define "grupo delictivo organizado" como

> un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material[24].

El término "grupo estructurado" debe utilizarse en sentido amplio, de modo que incluya a los grupos que tengan una estructura jerárquica o una estructura compleja de otro tipo, así como a los grupos no jerárquicos en que las funciones de los distintos miembros no estén definidas formalmente. En virtud del artículo 2 *c)*, "grupo estructurado" se define como

> un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada[25].

Durante la negociación de la Convención se debatió ampliamente sobre el concepto de "delito grave". Finalmente se decidió incluirlo y definirlo como "la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave"[26]. Esta definición hace a la Convención lo suficientemente flexible como para aplicarla a una amplia gama de delitos.

La Convención es jurídicamente vinculante y obliga a los Estados partes a tipificar como delito las cuatro actividades siguientes:

a) participación en un grupo delictivo organizado (art. 5);

b) blanqueo de dinero (art. 6);

c) corrupción (art. 8);

d) obstrucción de la justicia (art. 23).

En la Convención se define, a los efectos de su aplicación, cuándo se considerará que un delito tiene carácter transnacional[27]. El carácter transnacional se define en el artículo 3, párrafo 2, en que se establece que un delito es de carácter transnacional cuando

a) se comete en más de un Estado;

b) se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

[23] Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 3, párr. 1.
[24] *Ibid.*, art. 2 *a)*.
[25] *Ibid.*, art. 2 *c)*.
[26] *Ibid.*, art. 2 *b)*.
[27] *Ibid.*, art. 3, párr. 2.

c) se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

d) se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Aunque la Convención contra la Delincuencia Organizada se refiere explícitamente a la delincuencia organizada transnacional, también exige que los Estados partes tipifiquen como delitos determinadas conductas incluso cuando no exista ningún elemento transnacional ni esté involucrado en ellas ningún grupo delictivo organizado. De conformidad con el artículo 34, párrafo 2, los Estados partes tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado, salvo en lo que respecta al delito de participación en un grupo delictivo organizado, contemplado en el artículo 5. En otras palabras, la penalización debe aplicarse por igual a los delitos nacionales y a los delitos transnacionales llevados a cabo por un grupo delictivo organizado o por una persona en solitario.

La Convención contra la Delincuencia Organizada abarca tres tipos de delitos de corrupción en el sector público, a saber: el soborno activo (es decir, la concesión de sobornos), el soborno pasivo (es decir, la aceptación de sobornos) y la participación como cómplice en el soborno[28]. Además de las conductas que es obligatorio tipificar como delito, los Estados también deben estudiar la posibilidad de penalizar otras formas de corrupción, como el soborno de funcionarios extranjeros. La Convención también exige que se introduzcan medidas legislativas y de otro tipo destinadas a prevenir, detectar y castigar las prácticas corruptas y mejorar la rendición de cuentas. Estos delitos se amplían y complementan en la Convención contra la Corrupción, un instrumento universal jurídicamente vinculante de lucha contra la corrupción.

Derecho ambiental internacional

El derecho ambiental internacional engloba normas consuetudinarias y acuerdos internacionales jurídicamente vinculantes que abarcan una amplia gama de temas relacionados con el medio ambiente, como la contaminación terrestre, marina y atmosférica y la protección de la fauna y la flora silvestres y de la biodiversidad. Da protagonismo a las cuestiones ambientales entre las preocupaciones internacionales y consolida las respuestas de los Estados a la degradación y los daños ambientales[29].

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano[30], celebrada en Estocolmo en junio de 1972, sentó las bases del derecho ambiental internacional. Se trató de la primera reunión internacional dedicada en exclusiva a examinar los problemas ambientales mundiales. La Conferencia culminó con la aprobación de una declaración que contenía 26 principios sobre el medio ambiente y el desarrollo, conocida como la Declaración de Estocolmo, que sentó las bases de las normas internacionales que regulan la relación entre los seres humanos, las demás especies de la Tierra y el ecosistema.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también denominada la Cumbre para la Tierra, se celebró en Río de Janeiro (Brasil) en 1992, con motivo del 20º aniversario de la Conferencia de Estocolmo. En dicha Cumbre se destacó la manera en que los diferentes factores sociales, económicos y ambientales son interdependientes y evolucionan juntos. Uno de sus principales logros fue la aprobación de un plan exhaustivo para la acción internacional en materia de medio ambiente y desarrollo que pasó a denominarse la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[31].

[28] *Ibid*., art. 8.

[29] Richard J. Lazarus, *The Making of Environmental Law* (Chicago, University of Chicago Press, 2008), y Thomas F. P. Sullivan, ed., *Environmental Law Handbook*, 21ª ed. (Lanham (Maryland, Estados Unidos), Government Institutes, 2011).

[30] Consúltese más información sobre la Conferencia de Estocolmo en **https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972**.

[31] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I.

En este contexto, también cabe mencionar la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, de 1998, también denominada la Convención de Aarhus. Este instrumento establece una serie de derechos del público (personas físicas y las asociaciones que las representan) en relación con el medio ambiente. Por ejemplo, pone en práctica el principio 10 de la Declaración de Río al establecer el derecho de toda persona a recibir la información sobre el medio ambiente que obre en poder de las autoridades públicas (es decir, el acceso a la información sobre el medio ambiente), y establece el derecho a participar en la toma de decisiones relativas al medio ambiente (es decir, la participación del público en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente) y el derecho a presentar un recurso para impugnar las decisiones públicas que se hayan tomado sin respetar los derechos de acceso a la información o de participación del público.

A raíz de estos acuerdos ambientales multilaterales y de otros subyacentes, se ha constituido un conjunto de principios del derecho ambiental internacional que los Estados deberían tener debidamente en cuenta al elaborar leyes contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y modificar las existentes (véase el cuadro que figura a continuación).

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

• Principio de soberanía y responsabilidad	Los países tienen derecho a utilizar sus propios recursos naturales de conformidad con sus propias políticas ambientales y de desarrollo, pero ese derecho soberano está limitado y condicionado por la responsabilidad de los países de velar por que no se cause ningún daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional[a]
• Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (y respectivas capacidades)	Los Estados tienen la responsabilidad compartida de proteger el medio ambiente, pero responsabilidades diferenciadas en función de su situación socioeconómica y de su contribución histórica a la degradación del medio ambiente mundial. En general, se espera que los Estados desarrollados asuman una mayor responsabilidad ambiental, en vista de la mayor presión que sus sociedades ejercen en el medio ambiente[b]
• Principio de que quien contamina paga	Quienes producen contaminación deberían cargar con los costos de la gestión de esta para prevenir los daños a la salud humana o al medio ambiente[c]
• Principio de precaución	Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, la falta de total certidumbre científica no es razón para posponer la adopción de medidas eficaces en función de los costos para prevenir la degradación ambiental[d]
• Principio de cooperación	Los Gobiernos deben tener en cuenta los intereses y el bienestar de los Estados vecinos y del mundo entero y cooperar con "espíritu de solidaridad mundial" para conservar, proteger y restablecer el medio ambiente[e]
• Principio de desarrollo sostenible	El desarrollo económico se planifica sobre la base del uso sostenible de los recursos y de la preservación del medio ambiente para las generaciones futuras[f]

• Principio de participación del público	El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todas las partes interesadas y en todos los niveles que correspondan[g]

[a] Declaración de Estocolmo, principio 21, y Declaración de Río, principio 2.
[b] Declaración de Río, principio 7; también se menciona en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 3, párr. 1, y art. 4, párr. 1.
[c] Declaración de Río, principio 16.
[d] Forman parte del principio de precaución tanto la evaluación del riesgo como su gestión y su comunicación. Este principio se expresa en el principio 15 de la Declaración de Río, que impone a los Estados la obligación general de prevenir los problemas ambientales y les exige que adopten medidas en situaciones de incertidumbre, desconocimiento y riesgo. El principio también se aprobó como parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 3, párr. 3.
[e] Declaración de Río, principios 7, 14, 18, 19 y 27.
[f] Los orígenes del principio de desarrollo sostenible se remontan a la Declaración de Estocolmo, cuyo principio 13 promueve el equilibrio entre la preservación del medio ambiente y el desarrollo económico. Este principio también se incorporó a lo largo de toda la Declaración de Río. Por ejemplo, el principio 1 sitúa a todos los seres humanos en el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. El principio 3 promueve el derecho al desarrollo en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. En el principio 5 se exhorta a los Estados a erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible. El principio 24 reconoce que la guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible.
[g] Declaración de Río, principio 10.

EJEMPLO NACIONAL

SUDÁFRICA: CONSTITUCIÓN DE 1996, CON MODIFICACIONES HASTA 2012

24. Medio ambiente

Todas las personas tienen derecho a lo siguiente:

a) a un entorno que no sea perjudicial para su salud o su bienestar; y

b) a que se proteja el medio ambiente, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante medidas legislativas y de otro tipo que sean razonables y que

i) prevengan la contaminación y la degradación del medio ambiente;

ii) promuevan la conservación; y

iii) velen por que el desarrollo y el uso de los recursos naturales sean sostenibles desde el punto de vista ambiental, promoviendo al mismo tiempo un desarrollo económico y social justificable.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: CONSTITUCIÓN DE 1991, CON MODIFICACIONES HASTA 2015

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Instrumentos jurídicos internacionales sobre gestión de residuos, contaminación de las aguas, conservación de la naturaleza y biodiversidad

Aunque en el derecho internacional aparecen pocas referencias específicas a la minería, en el derecho ambiental internacional existen diversos instrumentos que son relevantes para la regulación ambiental del sector minero, entre los que se encuentran tratados sobre gestión de residuos, contaminación de las aguas, conservación de la naturaleza y biodiversidad.

Un tratado internacional que está relacionado directamente con el sector minero es el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, de 2013, que promueve la reducción y la eliminación progresiva de las liberaciones antropogénicas de mercurio, debido a sus importantes efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente. Este Convenio aborda directamente la contaminación por mercurio causada por la extracción de oro artesanal y en pequeña escala en el artículo 7, en virtud del cual los Estados partes en los que se utiliza mercurio deben adoptar medidas para reducir al mínimo su uso y, cuando sea viable, ponerle fin. El sector de la extracción de oro artesanal y en pequeña escala está relacionado inextricablemente con los problemas de desarrollo económico y la pobreza, por lo que el Convenio prevé soluciones flexibles y específicas para cada país que se aplican mediante planes de acción nacionales. Aunque la estrategia de cada país es diferente en este contexto[32], en el anexo C del Convenio se enumeran los elementos que se deben incluir obligatoriamente en todos los planes de acción nacionales[33].

Uno de los problemas ambientales relacionados con la minería ilegal son los desechos, por lo que el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989, es relevante en lo que respecta a la minería ilegal[34]. Dicho Convenio, que goza de una adhesión casi universal, somete las transferencias de desechos peligrosos a requisitos de protección como la notificación, el consentimiento fundamentado previo y el establecimiento de instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos.

La minería repercute en el agua dulce y puede contaminarla debido al vertido de aguas residuales y el relave, así como a la lixiviación de la roca de desecho, por lo que también cabe mencionar los tratados internacionales y regionales relacionados con la conservación del agua dulce, los cursos de agua internacionales y las masas de agua. Uno de esos instrumentos internacionales es el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales[35], que promueve la cooperación para la protección y la gestión sostenible de las aguas transfronterizas superficiales y subterráneas.

La minería ilegal y el tráfico de metales y minerales socavan la protección del medio ambiente e impiden la preservación, la gestión y el restablecimiento de los hábitats animales, las plantas y los bosques. Existen diversos instrumentos jurídicos internacionales cuyo objetivo es proteger la fauna y la flora silvestres, así como los hábitats y los ecosistemas naturales, frente a los efectos de la explotación humana, incluida la minería. La Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, también llamada Convención de Ramsar, constituye el marco de cooperación internacional en materia de conservación y uso de los biomas de los humedales. Los Estados partes en la Convención de Ramsar deben incluir en la lista y proteger al menos un humedal de importancia internacional, incluir la conservación de los humedales en la planificación nacional del uso de la tierra y promover el uso racional y la gestión de los humedales.

[32] Se puede consultar una lista de los planes de acción nacionales en **https://www.mercuryconvention.org/es/parties/national-action-plans**.

[33] Véase también PNUMA, Asociación Mundial sobre el Mercurio y Convenio de Minamata sobre el Mercurio, *Documento de orientación: elaboración de un plan de acción nacional para reducir y, cuando sea posible, eliminar el uso del mercurio en la extracción de oro artesanal y en pequeña escala* (2017).

[34] Uyanga Gankhuyag y Fabrice Gregoire, *Managing Mining for Sustainable Development: A Sourcebook* (Bangkok, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2018), pág. 47.

[35] Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, en su versión modificada, junto con la decisión VI/3, que aclara el procedimiento de adhesión. Fue aprobado en 1992 y entró en vigor en 1996.

Las consecuencias negativas de las operaciones extractivas en los sitios del Patrimonio Mundial cobran cada vez más importancia, en particular en las zonas naturales y mixtas[36, 37]. La prospección y la extracción de minerales pueden causar graves daños en las áreas protegidas si se llevan a cabo en esos lugares o en sus inmediaciones. En este contexto, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972, es relevante en lo que respecta a proteger los sitios del patrimonio cultural frente a la minería ilegal. En ella se definen los tipos de sitios del patrimonio natural y cultural que cumplen los requisitos para ser incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial[38]. También se establecen las responsabilidades de los Estados en lo que respecta a designar posibles lugares y la función que desempeñan los Estados en la protección y la preservación de esas zonas.

Las disposiciones sobre preservación del Convenio sobre la Diversidad Biológica son las que están relacionadas más inmediatamente con la minería ilegal. La minería ilegal puede afectar negativamente a la biodiversidad, por ejemplo causando la disminución de especies raras y amenazadas y la destrucción de ecosistemas debido a la bioacumulación de mercurio[39]. También es la principal causa de deforestación en las regiones de gran biodiversidad de América Latina[40]. El Convenio promueve "la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos"[41] y podría ser un punto de partida para mitigar los efectos negativos de la minería ilegal en la biodiversidad[42].

Derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos es otro ámbito del derecho internacional que los Estados deberían tener en cuenta y cumplir al aprobar leyes contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales o modificar las existentes.

Cuando los Estados pasan a ser partes en los tratados internacionales de derechos humanos, asumen determinados deberes y obligaciones en virtud del derecho internacional y se comprometen a respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos[43].

Los convenios, convenciones, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos reafirman los principios fundamentales sobre la cuestión enunciados por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a saber: la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad, la igualdad y la no discriminación. Los derechos humanos son universales porque todas las personas nacen con los mismos derechos y tienen los mismos derechos, independientemente de su lugar de residencia, de su sexo, de su raza, de su religión o de su origen cultural o étnico. Son inalienables porque nunca se puede desposeer a nadie de ellos. Dado que todos los derechos (políticos, civiles, sociales, culturales y económicos) tienen la misma importancia y no se puede disfrutar de ninguno de ellos completamente si no se disfruta de los demás, son

[36] Los sitios protegidos naturales ofrecen, entre otras cosas, ejemplos de procesos evolutivos ecológicos y biológicos, contienen fenómenos naturales que son poco frecuentes, únicos y de excepcional belleza, o proporcionan un hábitat a animales o plantas raros o en peligro, o son lugares de una biodiversidad excepcional. Los sitios protegidos mixtos contienen elementos de importancia tanto natural como cultural.

[37] Stephen D. Turner, *World Heritage Sites and the Extractive Industries* (Gland (Suiza), Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 2012).

[38] Se puede consultar en **https://whc.unesco.org/en/list/**.

[39] Eric D. Harlow *et al.*, *Small-Scale and Artisanal Mining Impacts on Biodiversity in Latin America* (Washington D. C., Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2019), pág. vii.

[40] *Ibid*.

[41] Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 1.

[42] International Council on Mining and Minerals, *Good Practice Guidance for Mining and Biodiversity* (Londres, 2006).

[43] La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlo; la obligación de protegerlos exige que los Estados impidan las violaciones de los derechos humanos contra personas y grupos; y la obligación de hacerlos efectivos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para promover el disfrute de los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos y mecanismos, "Derecho internacional de los derechos humanos", puede consultarse en **www.ohchr.org/es**; y Maximilian Spohr, *Human Rights Risks in Mining: A Baseline Study* (s. l., Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, 2016), págs. 13 a 15).

indivisibles. Los derechos humanos se aplican a todas las personas, sin discriminación, y todas las personas tienen derecho a expresar su opinión sobre las decisiones que repercuten en su vida.

PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS[a]

• Universalidad e inalienabilidad	Todas las personas en todos los lugares del mundo tienen derecho a disfrutar de los derechos humanos
• Indivisibilidad	Los derechos humanos son inherentes a la dignidad de toda persona y tienen la misma categoría. La denegación de un derecho impide invariablemente el disfrute de otros derechos
• Interdependencia e interrelación	El goce efectivo de un derecho a menudo depende, total o parcialmente, de que se hagan efectivos otros derechos
• Igualdad y no discriminación	Todas las personas son iguales como seres humanos. Por consiguiente, nadie debería sufrir discriminación por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, edad, idioma, orientación sexual, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional, social o geográfico, discapacidad, patrimonio, nacimiento u otra condición
• Rendición de cuentas y estado de derecho	Los Estados son garantes de derechos y deben cumplir las normas y disposiciones jurídicas consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos

[a] Para consultar un resumen en inglés de estos principios, véase Fondo de Población de las Naciones Unidas, "Human rights principles", en **www.unfpa.org/resources/human-rights-principles**.

Junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituyen lo que se suele denominar la Carta Internacional de Derechos Humanos, que promueve las libertades fundamentales y protege los derechos humanos básicos de todas las personas.

TRATADOS INTERNACIONALES FUNDAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

Los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos pueden ofrecer vías jurídicas a los profesionales que trabajan en casos relacionados con la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Existen tres procedimientos principales de los órganos de tratados de derechos humanos para denunciar violaciones: *a*) comunicaciones individuales; *b)* denuncias entre Estados; y *c)* investigaciones. En cuanto a las primeras, los órganos de tratados pueden aceptar denuncias individuales de violaciones de los derechos humanos en determinadas condiciones. Respecto a las denuncias entre Estados, varios tratados incluyen disposiciones según las cuales un Estado puede denunciar presuntas violaciones perpetradas por otro Estado[44].

Derechos humanos afectados por la minería ilegal

En la presente sección se explican los amplios efectos que tienen en los derechos humanos la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y se examinan los vínculos que existen entre esas actividades y los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos. Cuando procede, también se mencionan otros instrumentos del derecho internacional.

La minería ilegal tiene consecuencias de gran alcance para los derechos humanos cuando limita el acceso al agua limpia y a los alimentos y amenaza la salud y el bienestar generales de las personas. El agua puede resultar contaminada con mercurio u otras sustancias químicas tóxicas, así como con el relave y los desechos mineros. Las actividades mineras también pueden tener como consecuencia el desplazamiento de la población de las tierras agrícolas, lo cual socava su seguridad alimentaria.

El derecho al agua limpia está consagrado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Fue reconocido oficialmente como componente esencial de los derechos humanos en la resolución 64/292 de la Asamblea General, en 2010, y declarado derecho humano por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 48/13, en 2021. Aunque en el artículo 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[45] no se hace referencia explícita al derecho al agua, en ese tratado se enumeran los derechos que son fundamentales para mantener un nivel de vida adecuado, entre los que se incluye indirectamente el derecho al agua. El nivel de vida en lo que respecta a la alimentación, el agua y la vivienda también se menciona en el artículo 12, párrafo 1, del Pacto. Esa disposición versa sobre el derecho a la salud, de modo que se reafirma el efecto perjudicial del agua contaminada y de un saneamiento deficiente en el bienestar humano.

También es pertinente en este contexto el derecho al trabajo, a recibir un salario justo y a trabajar en condiciones favorables. La Declaración Universal de Derechos Humanos es clara al disponer que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"[46]. El primero de los derechos específicos establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida trabajando[47]. El derecho humano al trabajo y a recibir un salario que contribuya a un nivel de vida adecuado es aplicable a todas las personas, incluidos los migrantes indocumentados. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, de 1990, supuso un importante avance en lo que respecta a definir y tratar de proteger los derechos humanos de los migrantes en relación con su situación de vulnerabilidad e independientemente de su condición jurídica. En algunos contextos nacionales, suelen dedicarse a la minería ilegal migrantes

[44] Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, aprobado por la Asamblea General en su resolución 66/138, de 19 de diciembre de 2011, y que entró en vigor el 14 de abril de 2014. Por ejemplo, el artículo 12 del Protocolo Facultativo establece un procedimiento para que el Comité correspondiente examine las denuncias entre Estados de incumplimiento de las disposiciones que figuran en la Convención. Véase también Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Issue Paper: The United Nations Convention against Transnational Organized Crime and International Human Rights Law* (Viena, 2022).

[45] Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 15 (2002), relativa al derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

[46] Art. 23, párrs. 1 y 2.

[47] Art. 6, párr. 1.

indocumentados procedentes de países vecinos[48]. Estos a menudo no tienen protección ni seguridad y son vulnerables a los abusos, la pobreza y la discriminación[49].

En la minería ilegal, las prácticas laborales suelen estar asociadas a unas condiciones de trabajo deficientes. Los mineros ponen en riesgo su seguridad y su salud para ganarse la vida y mantener a su familia. También se ha informado de que en la minería ilegal hay niños que trabajan en condiciones peligrosas[50]. En los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce la importancia de que los lugares de trabajo sean seguros y de que las condiciones favorezcan el bienestar humano. En virtud de esas disposiciones, los Estados están obligados a mantener unas condiciones de trabajo favorables, a proteger los derechos de los trabajadores y a impedir que terceros posibiliten condiciones de trabajo que no sean seguras.

Otros derechos humanos pertinentes están relacionados con la trata de personas. Es de sobra conocido que los campos de trabajo forzado y las redes de trata de personas con fines de explotación sexual pueden proliferar en las explotaciones mineras ilegales y en torno a ellas[51]. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que determinados grupos, como las mujeres y la infancia, requieren una protección especial. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General en 1979, impone a los Estados partes la obligación de prevenir la trata de mujeres y niñas y hacerle frente y de proporcionar apoyo y protección a las afectadas. En virtud del artículo 6, "[los] Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer".

Respecto a los derechos de la infancia, el artículo 10, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "[s]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes" y que "[d]ebe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social" y contra "[s]u empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida". La Convención sobre los Derechos del Niño también hace referencia al trabajo infantil, en su artículo 32. Impone requisitos específicos a los Estados partes y los hace responsables de adoptar medidas contra el trabajo infantil. La Convención, en virtud de los artículos 11, 19, 20, 24, 27, 32 a 36 y 39, exige que los Estados partes adopten medidas para prevenir el traslado ilícito y la retención ilícita de niños, el abuso de niños y cualquier forma de explotación y trata, prestando especial atención a la protección de los niños que no tienen familia.

Respecto a los derechos de la infancia, el artículo 10, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "[s]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes" y que "[d]ebe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social" y contra "[s]u empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida". La Convención sobre los Derechos del Niño también hace referencia al trabajo infantil, en su artículo 32. Impone requisitos específicos a los Estados partes y los hace responsables de adoptar medidas contra el trabajo infantil. La Convención, en virtud de los artículos 11, 19, 20, 24, 27, 32 a 36 y 39, exige que los Estados partes adopten medidas para prevenir el traslado ilícito y la retención ilícita de niños, el abuso de niños y cualquier forma de explotación y trata, prestando especial atención a la protección de los niños que no tienen familia.

Los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más vulnerables a los efectos negativos de la minería ilegal, la cual repercute de forma adversa en el ejercicio por dichos pueblos de sus derechos individuales y

[48] Según Minerals Council South Africa, el 70 % de las personas que se dedican a la minería ilegal detenidas en Sudáfrica son ciudadanos extranjeros indocumentados, principalmente de Lesotho.

[49] Mylène Coderre-Proulx, Bonnie Campbell e Issiaka Mandé, *International Migrant Workers in the Mining Sector* (Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2016).

[50] Véanse, por ejemplo, Juliane Kippenberg, *A Poisonous Mix: Child Labor, Mercury, and Artisanal Gold Mining in Mali* (Nueva York, Human Rights Watch, 2011), y Child Labour Platform y Organización Internacional del Trabajo, "Child labour in mining and global supply chains" (Ginebra, 2019).

[51] Véanse, por ejemplo, Verité, "The nexus of illegal gold mining supply chains: lessons from Latin America" (Washington D. C., 2016); Human Rights Watch, "The hidden cost of jewelry: human rights in supply chains and the responsibility of jewelry companies" (Nueva York, 2018), y A/HRC/44/54.

colectivos, entre otras cosas debido a la destrucción de sus tierras (por ejemplo, mediante la contaminación con mercurio, la deforestación y el desplazamiento) o a ataques violentos cometidos por quienes se dedican a la minería ilegal[52]. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[53] establece lo siguiente:

> Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual[54].
>
> Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos[55].

En la Declaración se exhorta a los Estados a velar por que se proteja a las comunidades indígenas frente a la violencia y por que estas puedan ejercer el derecho al consentimiento libre, previo e informado[56] con respecto a su participación en los procesos de formulación de políticas y adopción de decisiones sobre minería. El artículo 19 establece explícitamente que

> [l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

En un documento precursor de la Declaración, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), "reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven", se obligó a los Estados partes a llevar a cabo "una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se articula la importancia de la libre determinación de todos los pueblos, en el artículo 1 de ambos instrumentos, lo que para muchos pueblos indígenas implicaría el control de los recursos naturales situados en las tierras indígenas.

Por último, el derecho humano al desarrollo, consagrado en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo[57], garantiza el derecho a la participación pública de todos los pueblos, facultándolos "para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político […], a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él"[58]. El derecho humano al desarrollo implica también el pleno ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales[59]. Ese derecho fundamental e inalienable tiene por objeto armonizar la mejora económica y la protección ambiental, cultural y social de las generaciones actuales y sucesivas, y define a los seres humanos como sujetos centrales del desarrollo y participantes activos y beneficiarios de este a partir de los recursos y riquezas naturales[60].

[52] ACNUDH, "Brazil: UN experts deplore attacks by illegal miners on indigenous peoples; alarmed by mercury levels", 2 de junio de 2021.

[53] Resolución 61/295 de la Asamblea General, anexo.

[54] *Ibid*., art. 32, párr. 3.

[55] *Ibid*., art. 29, párr. 1.

[56] ACNUDH, "Free, prior and informed consent of indigenous peoples" (septiembre de 2013).

[57] Resolución 41/128 de la Asamblea General, anexo.

[58] *Ibid*., art. 1, párr. 1.

[59] *Ibid*., art. 1, párr. 2.

[60] *Ibid*., art. 2, párr. 1.

NOTA

Habida cuenta del alcance de la presente guía, no procede hacer un examen exhaustivo de las cuestiones legislativas relacionadas con los derechos humanos en el sector minero. Para obtener información al respecto, consúltese la publicación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo *Extracting Good Practices: A Guide for Governments and Partners to Integrate Environment and Human Rights into the Governance of the Mining Sector*.

LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE MINERÍA

A nivel nacional, el fundamento jurídico de la actividad minera suele establecerse en la constitución y en las leyes y los reglamentos sobre minería. En la constitución nacional suelen establecerse los principios generales relacionados con los recursos minerales, mientras que las leyes y los reglamentos sobre minería suelen ofrecer información específica sobre los derechos y responsabilidades de los operadores de las minas relacionados con todos los aspectos de su explotación, desde la exploración hasta la clausura. Además, otras leyes y reglamentos pertinentes son las leyes tributarias, las leyes ambientales, las leyes sobre el trabajo, la salud y la seguridad, las leyes sobre las tierras, las leyes sobre la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala[61], las leyes sobre empresas e inversiones, y las leyes que establecen las funciones y responsabilidades del Gobierno nacional y de las administraciones subnacionales respecto a las comunidades indígenas y tribales. La legislación sobre minería ilegal no tiene un nicho claramente designado en esas leyes. Hay ordenamientos jurídicos nacionales en que las disposiciones sobre minería ilegal figuran en el código penal, mientras que en otros las disposiciones penales relacionadas con la minería se incluyen en las leyes sobre minería.

Tenencia de la tierra y derechos sobre los yacimientos de minerales

En todas las sociedades existe un sistema para controlar los derechos de propiedad, bien definido formalmente por la legislación o bien establecido informalmente mediante normas consuetudinarias. La relación que mantienen las personas y los grupos con la tierra y los recursos terrestres, como los árboles, los minerales, los pastizales y el agua, se denomina "tenencia de la tierra"[62]. Los derechos sobre los yacimientos de minerales son derechos de propiedad que facultan para explotar los minerales de una zona. Al redactar las disposiciones relativas a la minería ilegal y los delitos conexos, los Estados deben tener en cuenta el modo en que se resuelven en su jurisdicción las cuestiones relacionadas con la tenencia de la tierra y los derechos sobre los yacimientos de minerales.

Merece la pena reiterar desde el capítulo 1 que el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales es un principio general del derecho internacional establecido desde hace mucho tiempo. Según ese principio, los Estados tienen el derecho y la responsabilidad de legislar sobre las actividades que se realizan dentro de sus fronteras y regularlas, incluida la minería[63]. Por ello, es habitual que el fundamento jurídico de la actividad minera se establezca en la constitución nacional, además de en las leyes sobre minería.

En la mayoría de las jurisdicciones, los recursos minerales se consideran propiedad del Estado. La constitución de muchos Estados establece explícitamente a quién pertenecen los recursos minerales y quién los gestiona. Los recursos minerales suelen pertenecer a la población, y el Gobierno los gestiona en su nombre. En algunos sistemas, la población local e indígena posee los recursos minerales en régimen de propiedad comunitaria. Con frecuencia, la "tenencia consuetudinaria", un conjunto de reglas y normas que rigen la asignación y la utilización de la tierra y otros recursos naturales, el acceso a ellos y su transferencia por la comunidad,

[61] Algunos Estados no reconocen la minería artesanal y en pequeña escala y, por tanto, carecen de una legislación adecuada que regule la minería de subsistencia.

[62] Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *Tenencia de la tierra y desarrollo rural*, FAO: Estudios sobre Tenencia de la Tierra, Núm. 3 (Roma, 2002).

[63] Soberanía permanente sobre los recursos naturales (resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General).

invocando la idea de los derechos tradicionales sobre la tierra y los recursos naturales, coexiste con leyes sobre la tenencia[64]. La tenencia consuetudinaria suele estar relacionada con las comunidades indígenas y el autogobierno por estas de sus tierras. Los Estados deberían estudiar la forma de asignar los derechos de forma justa para equilibrar las prácticas históricas con el principio contemporáneo del uso eficiente de la tierra y la asignación equitativa de los derechos mineros[65].

EJEMPLO NACIONAL

INDONESIA: CONSTITUCIÓN DE 1945, REINSTAURADA EN 1959, CON MODIFICACIONES HASTA 2002

Artículo 33

[…]

3) La tierra, las aguas y los recursos naturales que se encuentran en el territorio del país estarán sujetos a los poderes del Estado y se utilizarán para el mayor beneficio de la población.

[…]

EJEMPLO NACIONAL

BRASIL: CONSTITUCIÓN DE 1988, CON MODIFICACIONES HASTA 2017

Artículo 176. Los yacimientos, en explotación o no, y los demás recursos minerales y los potenciales de energía hidráulica constituyen una propiedad distinta a la del suelo, para fines de exploración o aprovechamiento, y pertenecen a la Unión, garantizando al concesionario la propiedad del producto de la explotación. […]

§ 2. El propietario del suelo tiene garantizada la participación en los resultados de la explotación, en los términos y valores estipulados por la ley.

§ 3. La autorización para la investigación siempre será por un plazo determinado, y las autorizaciones y concesiones previstas en este artículo no podrán ser cedidas o transferidas, ni en su totalidad ni en parte, sin la anuencia previa del poder concedente.

[…]

[64] Terah U. De Jong y Titus Sauerwein, "State-owned minerals, village-owned land: how a shared property rights framework helped formalize artisanal diamond miners in Côte d'Ivoire between 1986 and 2016", *Resources Policy*, vol. 70 (2021).

[65] Mark Freudenberger, "The future of customary tenure: options for policymakers", nota informativa de USAID (s. l., Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2013).

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: LEY 70 DE 1993, RELATIVA AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS, NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES A LA PROPIEDAD Y LA OCUPACIÓN COLECTIVAS DE SUS TIERRAS ANCESTRALES

Artículo 26. El Ministerio de Minas y Energía de oficio o a petición de las comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales de que trata esta ley, podrá señalar y delimitar en las áreas adjudicadas a ellas zonas mineras de comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales en las cuales la exploración y la explotación de los recursos naturales no renovables deberá realizarse bajo condiciones técnicas especiales sobre protección y participación de tales comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, con el fin de preservar sus especiales características culturales y económicas, sin perjuicio de los derechos adquiridos o constituidos a favor de terceros.

La naturaleza de los derechos sobre los yacimientos de minerales depende del régimen jurídico aplicable al terreno en que se encuentran. En algunas jurisdicciones (esto es, según la teoría de la accesión), los propietarios de las tierras tienen derechos de propiedad tanto sobre la superficie como sobre los yacimientos de minerales, a menos que decidan vender los derechos sobre los yacimientos de minerales[66] a una tercera parte. Una vez vendidos estos últimos, el propietario original conserva únicamente los derechos de propiedad sobre la superficie, mientras que la otra parte puede explotar los recursos del subsuelo. En otras jurisdicciones (esto es, según la teoría de la separación), la titularidad de los recursos minerales está separada de la titularidad de la propiedad superficial correspondiente (o se considera ajena a ella). En otras palabras, los recursos minerales situados en el subsuelo y en la subsuperficie de los terrenos privados se tratan como propiedad del Estado, independientemente de quién tenga la titularidad de la propiedad superficial[67]. En algunos Estados que siguen la teoría de la separación, la titularidad del Estado sobre los recursos del subsuelo no incluye minerales comunes (por ejemplo, arena y grava), de modo que los propietarios o poseedores de las tierras tienen derecho a utilizar los minerales comunes de estas con fines no comerciales. Según una tercera teoría de la titularidad de los derechos sobre los yacimientos de minerales, el Estado tiene derechos de propiedad sobre algunos minerales, pero no hay monopolio estatal en el caso de otros (por ejemplo, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

[66] Los derechos sobre los yacimientos de minerales consisten en la titularidad legal de los recursos de la subsuperficie, como el petróleo, el gas natural, el oro, la plata, el cobre, el hierro, el carbón, el uranio y otros minerales. La arena, la grava, la piedra caliza y el agua subterránea no entran dentro de los derechos sobre los yacimientos de minerales y normalmente son propiedad del titular de los derechos sobre la superficie.

[67] Los derechos sobre la superficie son, como su nombre indica, los derechos sobre la superficie de un terreno, lo que incluye cualquier estructura que se encuentre en la propiedad, así como el derecho a cultivar la tierra o utilizar los recursos superficiales, como árboles, plantas o agua, de conformidad con las leyes y disposiciones legislativas locales.

EJEMPLO NACIONAL

SUDÁFRICA: LEY DE DESARROLLO DE LOS RECURSOS MINERALES Y PETROLÍFEROS DE 2002, MODIFICADA EN 2008

Custodia de los recursos minerales y petrolíferos de la nación

3. 1) Los recursos minerales y petrolíferos son patrimonio común de toda la población de Sudáfrica y el Estado es su custodio en beneficio de todos los sudafricanos.

2) Como custodio de los recursos minerales y petrolíferos de la nación, el Estado, por conducto del/de la Ministro/a, puede hacer lo siguiente:

a) conceder, expedir, denegar, controlar, administrar y gestionar cualquier permiso de reconocimiento, derecho de prospección, permiso de extracción, derecho minero, permiso de minería, permiso de retención, permiso de cooperación técnica, permiso de reconocimiento, derecho de exploración y derecho de producción; y

b) en consulta con el/la Ministro/a de Finanzas, preceptuar e imponer cualquier suma pagadera en lo que respecta a la presente ley.

3) El/La Ministro/a debe garantizar el desarrollo sostenible de los recursos minerales y petrolíferos de Sudáfrica en un marco de políticas, normas y disposiciones ambientales nacionales, y al mismo tiempo promover el desarrollo económico y social.

[…]

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: CÓDIGO MINERO DE 2002, MODIFICADO POR LA LEY NÚM. 18/001, DE 2018

Artículo 3 1)

Los yacimientos minerales, incluidos los artificiales, las aguas subterráneas y los yacimientos geotérmicos situados en la superficie del suelo, en el subsuelo o en los cursos de agua del territorio nacional son propiedad exclusiva, inalienable e imprescriptible del Estado, sobre la base de la soberanía de este sobre sus recursos naturales.

Muchos de los delitos sustantivos que figuran en la presente guía excluyen de responsabilidad penal las conductas protegidas por un derecho sobre los yacimientos de minerales relevante. Algunos derechos sobre los yacimientos de minerales son concedidos por una autoridad competente mediante una licencia, un permiso, un certificado u otro instrumento similar. Otros pueden ser reconocidos por la legislación de un Estado sin necesidad de una licencia, un permiso, un certificado u otro instrumento. En esta guía, el término "autorización legal" se utiliza para hacer referencia a esa diferencia al redactar o modificar los delitos relacionados con la minería ilegal.

Licencias, permisos, certificados y otros instrumentos similares

Las licencias, los permisos, los certificados y otros instrumentos similares constituyen un mecanismo para gestionar los derechos de explotación minera. En los casos en que un Estado tiene un régimen de licencias, permisos o certificados, a los titulares de esos instrumentos se les reconoce por ley el derecho a realizar determinadas actividades en relación con determinados recursos minerales, a entrar en áreas protegidas o a poseer

o utilizar determinado equipo, artefactos y métodos de extracción minera. Por ejemplo, un Estado puede utilizar un sistema de licencias, permisos o certificados para regular los minerales que se pueden extraer, las zonas en que se permite la extracción y las cantidades que está permitido extraer en un período de tiempo determinado. Un sistema de ese tipo también podría utilizarse para autorizar determinadas actividades relacionadas con los metales y minerales que figuran en listas concretas.

Un sistema de licencias, permisos o certificados puede permitir a los Estados adaptar los límites de la conducta lícita. Muchos de los delitos que figuran en la presente guía se han definido de forma que se considera delictiva una conducta cuando la realiza una persona que no es titular de una licencia, un permiso o un certificado pertinente o que infringe las condiciones de estos. Es importante hacer referencia a las licencias, permisos y certificados para no penalizar la actividad minera legítima. Al aprobar y modificar leyes sobre minería ilegal, los Estados deberían estudiar cuidadosamente las interdependencias que existen entre las leyes que se refieren a la tenencia de la tierra, los derechos de explotación minera y la minería ilegal y cualquier otra ley o reglamento pertinente, a fin de garantizar la armonización y la coherencia. Una forma de lograr ese fin es implantar revisiones periódicas del catastro o registro de la propiedad para comprobar que las licencias, permisos, certificados y otros instrumentos similares para la exploración o la explotación de minerales se hayan concedido de forma metódica. También se recomienda a los Estados que evalúen la capacidad y los medios locales que necesitarán los mineros artesanales y en pequeña escala para obtener permisos. Los requisitos deben ser factibles para que los mineros artesanales y en pequeña escala no se vean obligados a dedicarse a la minería ilegal[68].

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Catastros mineros

Puede ser positivo para los Estados crear catastros mineros gratuitos y accesibles. Un catastro es un registro exhaustivo de los bienes inmuebles o parcelas de un país o de sus subdivisiones administrativas[a]. Suele incluir información detallada sobre la titularidad, la tenencia, la ubicación exacta, las dimensiones y el valor de las distintas zonas. Los catastros mineros pueden ser útiles para recoger información sobre diversos tipos de licencias mineras y registrar los cambios y las actualizaciones de los títulos mineros cada vez que se concede uno nuevo o cambia el propietario. También pueden facilitar la validación de las solicitudes de licencias o permisos para verificar que no existan superposiciones ni fraudes. Las características específicas de los catastros mineros son competencia de los Estados. La práctica anterior sugiere que deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada país al diseñar y administrar dichos catastros.

[a] Enrique Ortega Girones, Alexandra Pugachevsky y Gotthard Walser, *Catastro minero: promoviendo la transparencia en el acceso a los recursos minerales*, Serie "Industrias Extractivas para el Desarrollo", núm. 4 (Washington D. C., Banco Mundial, 2009), pág. 4.

Pueden utilizarse otros términos, como "concesiones" y "autorizaciones", para describir los instrumentos que confieren al portador derechos sobre los yacimientos de minerales. En aras de la simplicidad, la expresión "licencias, permisos y certificados" se utiliza en adelante para referirse a todos esos instrumentos, independientemente de cómo se describan en la legislación nacional. La expresión "licencia, permiso o certificado" figura entre corchetes en todas las disposiciones modelo pertinentes para hacer hincapié en que los Estados deben sustituirla por la expresión que corresponda según la legislación nacional. La expresión elegida por cada Estado debe adaptarse a la disposición concreta y abarcar todas las licencias, permisos, certificados y otros instrumentos similares pertinentes.

En los distintos regímenes de licencias, permisos y certificados de un Estado se pueden utilizar expresiones diferentes para describir esos instrumentos. Por ejemplo, el instrumento que autoriza a una persona a extraer determinado mineral del subsuelo en un país concreto puede llamarse "licencia" y el instrumento que autoriza

[68] Somos Tesoro, "Legalización de la pequeña minería" (Envigado, Colombia, Alianza por la Minería Responsable, 2016).

a una persona a llevar y utilizar determinado equipo puede llamarse "permiso". También se usan con frecuencia en este contexto los términos "autorización" y "concesión". Estas diferencias terminológicas deben reflejarse en las disposiciones pertinentes sobre minería ilegal. Se anima a los Estados a utilizar la misma terminología para referirse a esos instrumentos en sus distintas leyes.

Los derechos conferidos por las licencias, permisos o certificados suelen estar sujetos a condiciones específicas, que pueden ser propias del instrumento concedido o aplicarse en general a todas las licencias, permisos o certificados de determinada clase. Las licencias, permisos o certificados pueden referirse a tipos concretos de actividades, como la prospección o la exploración, frente a la extracción y el procesamiento de metales y minerales. También hay diferencias en lo que respecta a las características del titular: en la legislación de algunos países se prevén licencias, permisos o certificados distintos para empresas y sociedades cooperativas (personas jurídicas) y para particulares (personas físicas). Por ejemplo, con frecuencia se aplican a los permisos de extracción de recursos minerales condiciones relacionadas con la identidad del titular del permiso (por ejemplo, la ciudadanía), el importe de las regalías o cánones pagados o de los impuestos recaudados a través de un contrato de explotación minera, la zona o la ubicación del mineral a la que se aplica el permiso, el período de validez y la información que debe proporcionarse a las autoridades pertinentes sobre las actividades realizadas en el marco del permiso (por ejemplo, vigilancia ambiental). El titular de un permiso tal vez deba cumplir condiciones adicionales, como restricciones respecto a la cantidad de mineral que puede extraer o a la profundidad de la extracción[69] y limitaciones respecto a la comercialización de minerales en bruto o de concentrados de minerales de mena (por ejemplo, los minerales extraídos en el marco de una licencia de minería artesanal (semiindustrial o no industrial) solo pueden venderse a un organismo designado a tal efecto). Las leyes sobre minería también contemplan la transferibilidad de los derechos mineros, y permiten, limitan o prohíben la transferencia de derechos en condiciones específicas, las cuales varían ampliamente entre unos Estados y otros.

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: CÓDIGO MINERO DE 2002, MODIFICADO POR LA LEY NÚM. 18/001, DE 2018

Artículo 26 1)

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la presente ley, solo podrán dedicarse a la minería artesanal las personas físicas adultas de nacionalidad congolesa que posean carnés de minería artesanal y estén afiliadas a sociedades cooperativas de productos mineros o de cantera autorizadas.

[…]

[69] Algunos países tienen restricciones basadas en la capacidad de producción (por ejemplo, el artículo 134 de la Ley de Minería del Ecuador de 2009 establece límites de producción para la minería artesanal de minerales metálicos de diez toneladas por día en minería subterránea y 120 metros cúbicos por día en minería de aluviales). Otros países utilizan como criterio la profundidad (por ejemplo, en el artículo 1 de la Ley de Minas y Minerales de Sierra Leona de 2009 se define la minería artesanal como las operaciones mineras que no superan los diez metros de profundidad)

EJEMPLO NACIONAL

AFGANISTÁN: LEY DE MINERALES DE 2019

Artículo 16. Requisitos para obtener derechos sobre los yacimientos de minerales

1) Las personas que se indican a continuación no pueden participar en los procesos de licitación iniciados en virtud del artículo 41 para obtener concesiones mineras o ser titulares de licencias:

1. Las personas físicas que
   - no hayan cumplido los 18 años de edad;
   - no sean residentes en el Afganistán;
   - se hayan declarado en quiebra;
   - no sean titulares de una licencia de inversión;
   - hayan sido declaradas culpables de infringir la presente ley o cuya licencia haya sido cancelada por incumplimiento en los tres años anteriores;
   - hayan sido declaradas culpables de un delito de soborno o corrupción en los diez años anteriores;
   - estén expuestas políticamente; o
   - actúen en nombre de una persona expuesta políticamente, ya sea de manera formal o informal, incluso en virtud de un contrato de fideicomiso.

[…]

2) Las personas que se indican a continuación no pueden ser titulares de licencias para la explotación minera en pequeña escala:

1. las personas físicas que no son ciudadanas del Afganistán; y

2. las personas jurídicas que no se hayan constituido conforme a las leyes del Afganistán; o

3. las personas jurídicas en que la persona o entidad que tenga la participación mayoritaria no sea ciudadana del Afganistán o se haya constituido conforme a las leyes del Afganistán.

[…]

Cada Estado debe definir en sus políticas el alcance de las licencias, permisos y certificados y las circunstancias en que se conceden estos, y preferiblemente adoptar una decisión al respecto en consulta con todas las partes interesadas. La presente guía no obliga a los Estados a establecer regímenes de licencias, permisos o certificados para todas las actividades contempladas.

Autorización legal

A efectos de la presente publicación, la autorización legal se distingue de las licencias, permisos y certificados porque su ejercicio no depende de que una autoridad competente conceda una licencia, un permiso o un certificado pertinente. Las circunstancias en que una persona debería gozar de autorización legal respecto a los derechos sobre los yacimientos de minerales es una cuestión que debe determinar cada Estado de acuerdo con su tradición y su cultura jurídicas.

En este contexto, las leyes consuetudinarias de tenencia de la tierra son especialmente relevantes para la minería. Las normas consuetudinarias se utilizan para regular la tenencia de la tierra en muchos países en desarrollo, así como en territorios de países habitados por pueblos indígenas y comunidades tribales. Los regímenes consuetudinarios de tenencia de la tierra se rigen por las leyes y prácticas no escritas que siguen las comunidades locales y se ven influidos por las relaciones culturales e históricas que mantienen las personas con la tierra. Esas normas regulan la propiedad, el uso, la gestión y la transferencia de la tierra. En algunas

jurisdicciones, el Gobierno no reconoce la tenencia consuetudinaria de la tierra. En otras sí, aunque los derechos territoriales basados en normas consuetudinarias pueden ser inciertos. Pueden surgir conflictos entre las empresas mineras privadas que pretenden acceder a los recursos minerales mediante licencias, permisos y concesiones obtenidos del Gobierno y las comunidades locales que defienden sus derechos consuetudinarios sobre la tierra y sobre los recursos minerales que contiene esta.

En los casos en que existen o coexisten regímenes consuetudinarios de tenencia de la tierra, es importante que los Estados reconozcan plenamente los derechos sobre la tierra y los yacimientos de minerales de los pueblos indígenas y otros pueblos pertinentes y tomen medidas efectivas para preservarlos. Los Estados también deberían velar por que las leyes contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales introducidas en el marco de la presente guía no pongan en peligro a las poblaciones indígenas ni el derecho de estas a los recursos minerales situados en sus tierras. Los Estados deberían incluir a los grupos indígenas en el proceso de elaboración de esas leyes y promover el diálogo con las autoridades tradicionales, así como con las partes interesadas públicas, privadas y comunitarias.

EJEMPLO NACIONAL

FILIPINAS: LEY DE MINERÍA DE 1995

Artículo 16

Apertura de las tierras ancestrales a las operaciones mineras

No se abrirá a las operaciones mineras ninguna tierra ancestral sin el consentimiento previo de la comunidad cultural indígena afectada.

Artículo 17

Pagos de cánones a las comunidades culturales indígenas

En el caso de que se llegue a un acuerdo con una comunidad cultural indígena en virtud del artículo anterior, las partes acordarán la suma pagadera en concepto de canon cuando se utilicen los minerales. Dicho canon formará parte de un fondo fiduciario para el bienestar socioeconómico de la comunidad cultural indígena.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: LEY 70 DE 1993, RELATIVA AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS, NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES A LA PROPIEDAD Y LA OCUPACIÓN COLECTIVAS DE SUS TIERRAS ANCESTRALES

Artículo 28. Si existieren áreas susceptibles de ser declaradas zonas mineras indígenas y a su vez zonas mineras de comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, el Ministerio de Minas y Energía podrá declarar dichas zonas como Zonas Mineras Conjuntas, en las cuales el desarrollo de actividades se realizará de común acuerdo entre los dos grupos étnicos y gozarán de los mismos derechos y obligaciones.

Escalas de la minería

En la mayoría de las leyes mineras nacionales se distingue entre la minería a gran escala y la minería artesanal y en pequeña escala. La minería a gran escala es la que realizan las empresas mineras y requiere grandes inversiones y un alto nivel de mecanización. Las empresas que se dedican a la minería a gran escala suelen explotar uno o dos yacimientos grandes y suelen quedarse en ellos hasta que el mineral o el metal se extrae por completo.

La minería artesanal y en pequeña escala consiste en operaciones mineras formales o informales con formas predominantemente simplificadas de exploración, extracción, procesamiento y transporte[70]. Convencionalmente abarca un amplio abanico de actividades relacionadas con la minería que realizan personas, grupos y sociedades cooperativas sin supervisión formal, pero no necesariamente contraviniendo la legislación[71].

La minería artesanal y en pequeña escala se caracteriza por la extracción de metales y minerales con las herramientas más sencillas, y suele ser realizada por mineros no profesionales que trabajan para sobrevivir. En la minería artesanal y en pequeña escala, la extracción y el procesamiento de minerales suelen ser intensivos en mano de obra y a menudo incorporan tecnología no mecanizada.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: DECRETO 1666 DE 2016

Artículo 2.2.5.1.5.3. Minería de subsistencia

Es la actividad minera desarrollada por personas naturales o grupo de personas que se dedican a la extracción y recolección, a cielo abierto, de arenas y gravas de río destinadas a la industria de la construcción, arcillas, metales preciosos, piedras preciosas y semipreciosas, por medios y herramientas manuales, sin la utilización de ningún tipo de equipo mecanizado o maquinaria para su arranque.

Si no existen programas adecuados de formalización de la minería artesanal y en pequeña escala[72], basados en incentivos al cumplimiento progresivo, la penalización de la minería ilegal puede marginar aún más a quienes se dedican a la minería artesanal y en pequeña escala al limitar no solo su acceso a la subsistencia, sino también, de manera más amplia, sus derechos sociales, económicos, culturales y políticos. Al elaborar leyes para combatir la minería ilegal es fundamental tener en cuenta que en las leyes sobre minería debe estar clara la diferencia entre la minería a gran escala, la minería artesanal y en pequeña escala y la minería ilegal. Eso es necesario para que quienes se dedican a la minería artesanal y en pequeña escala no se vean afectados negativamente por la tipificación como delito de la minería ilegal. Es necesario adoptar un enfoque matizado en el derecho interno[73], según el cual la minería se regule de manera que se pueda distinguir entre dos categorías, legal e ilegal, pero también de forma que se incluyan distintos grados de infracciones de la ley y que haya diferencias en la gravedad de las sanciones[74]. Es importante que, en la legislación, la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala se trate como un proceso. En algunos contextos, quienes se dedican a la minería artesanal y en pequeña escala pueden tardar años en cumplir plenamente las leyes y reglamentos mineros[75].

Se anima a los Estados a que promuevan la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala ofreciendo incentivos que orienten a los mineros hacia la legalización de sus actividades extractivas y proporcionando capacitación, inversiones iniciales y equipo para que los mineros puedan aumentar su capacidad de explotar las minas de forma responsable. También es aconsejable que los Estados fomenten el diálogo entre quienes se dedican a la minería a gran escala y quienes se dedican a la minería artesanal y en pequeña

[70] Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), *Guía de diligencia debida de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo*, 3ª ed. (París, 2016), pág. 67.

[71] Banco Mundial, *State of the Artisanal and Small-Scale Mining Sector* (Washington D. C., 2020).

[72] Si se desea más información sobre los programas de formalización de la minería artesanal y en pequeña escala, véase el capítulo 3.

[73] Angela Jorns y Estelle Levin-Nally, "Are they all illegal? A more nuanced view to guide LSM engagement with ASM", Levin Sources, 3 de abril de 2020.

[74] En el capítulo 7 se analizan en profundidad las sanciones y las penas relacionadas con la minería ilegal, incluidos los factores agravantes y atenuantes.

[75] Jorden de Haan y Brandon Turner, *Handbook: Developing National ASGM Formalization Strategies within National Action Plans* (Ginebra, Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones y Asociación Mundial sobre el Mercurio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2018), pág. 10.

escala[76], e impliquen a las partes interesadas públicas y comunitarias al redactar o modificar las leyes sobre minería. Por ejemplo, las empresas mineras a gran escala podrían contribuir a la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala transmitiendo datos geológicos e innovación tecnológica (a cambio de una parte de la producción minera artesanal y en pequeña escala), proporcionando instalaciones comunes de fundición *in situ* y plantas de procesamiento independientes para que las utilicen los mineros artesanales y en pequeña escala locales, y facilitando el acceso al mercado de los metales y minerales producidos de forma responsable[77].

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Programas de formalización

Una de las maneras de responder a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales es promover y apoyar la formalización del sector de la minería artesanal y en pequeña escala. Así se puede romper el vínculo entre el comercio de minerales producidos de forma artesanal y en pequeña escala y las organizaciones delictivas. Los programas de formalización pueden hacer que el sector informal sea menos vulnerable a los grupos delictivos organizados y a las formaciones armadas. También pueden introducir protecciones de los derechos humanos y de las prácticas laborales justas, así como prácticas mineras ambientalmente sostenibles.

Se anima a los Estados a que contribuyan a la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala mediante marcos jurídicos que eliminen los obstáculos a la formalización y que presten apoyo y sean accesibles, en lugar de punitivos. Los programas de formalización deben incluir las opiniones de los mineros, así como hacer cumplir los reglamentos y vigilar que se cumplan con eficacia. Los Estados también deberían integrar iniciativas de educación y capacitación, así como de empoderamiento económico, en esos programas de formalización.

FORO INTERGUBERNAMENTAL SOBRE MINERÍA, MINERALES, METALES Y DESARROLLO SOSTENIBLE: SEIS FACTORES CLAVE PARA LA FORMALIZACIÓN EFECTIVA DE LA MINERÍA ARTESANAL Y EN PEQUEÑA ESCALA[a]

Marcos jurídicos propicios y exhaustivos

Se necesitan leyes exhaustivas dedicadas específicamente a la minería artesanal y en pequeña escala, que tengan en cuenta el carácter diverso de ese tipo de minería en los países donde es ilegal o donde es legal pero no está regulada. En los países en que es legal, al reformar la legislación vigente se debería dar prioridad al sector de la minería artesanal y en pequeña escala para el desarrollo nacional. Se deben incluir consideraciones relativas a la concesión de licencias, el acceso a la tierra, la igualdad de género, la participación comunitaria y las normas ambientales, de seguridad y laborales.

Acceso a datos geológicos

Si no tienen acceso a datos geológicos, quienes trabajan en el sector de la minería artesanal y en pequeña escala a menudo no disponen de muchos recursos para orientar sus actividades, salvo conjeturas o aproximaciones sucesivas. Eso suele traducirse en un rendimiento bajo, en la pérdida del dinero invertido y en una mayor degradación ambiental. Reseñar geográficamente las reservas potenciales de un país y el uso de la tierra y dar acceso a esos datos es crucial para determinar ubicaciones adecuadas para la minería artesanal y en pequeña escala. Entre los posibles beneficios para los mineros en pequeña escala están una mayor eficiencia en los lugares de extracción y un aumento de la longevidad de estos, la minimización de la degradación ambiental y una mayor rentabilidad.

[76] Consejo Internacional de Minería y Metales y Banco Mundial, Working Together: *How Large-Scale Mining Can Engage with Artisanal and Small-Scale Miners* (2010).

[77] Consejo Mundial del Oro, *Lecciones aprendidas sobre cómo gestionar la interacción entre la minería a gran escala y la minería artesanal y de pequeña escala del oro* (Londres, 2022), pág. 9.

FORO INTERGUBERNAMENTAL SOBRE MINERÍA, MINERALES, METALES Y DESARROLLO SOSTENIBLE: SEIS FACTORES CLAVE PARA LA FORMALIZACIÓN EFECTIVA DE LA MINERÍA ARTESANAL Y EN PEQUEÑA ESCALA[a] (*continuación*)

Acceso al capital

El endeudamiento y la pobreza son preocupaciones importantes en la minería artesanal y en pequeña escala, pues, como su trabajo es informal, los mineros no pueden acceder a la financiación dada la falta de legalidad. Sin embargo, se requiere cierto nivel de capitalización para registrar y obtener una concesión y para comprar el equipo necesario para extraer y procesar los minerales. Los métodos para aumentar el acceso al crédito y a la financiación incluyen los ahorros y los créditos de microfinanciación, las subvenciones y los préstamos de organismos públicos.

Acceso al equipo

Otra dificultad importante para los mineros artesanales y en pequeña escala es que no disponen del equipo o los recursos para poder reproducir o adaptar las técnicas mineras. Para aumentar el acceso de los mineros artesanales y en pequeña escala al equipo, este debe tener un diseño sencillo y poder producirse a nivel local, ser asequible para los mineros particulares y combinar técnicas de procesamiento tanto manuales como mecanizadas. Los planes de préstamos para arrendamiento con opción de compra y los centros de procesamiento centralizados ofrecen una alternativa para acceder al equipo.

Creación de capacidad

En el pasado, la falta de comprensión de la dinámica de las comunidades mineras artesanales y en pequeña escala dio lugar a tecnologías y servicios de apoyo inadecuados. La creación de capacidad puede estimular la formalización efectiva en el sector de la minería artesanal y en pequeña escala si los programas correspondientes promueven las mejores prácticas y se concentran en temas prácticos relacionados con la minería, están orientados a las mujeres y a la integración de estas en el sector minero, se adaptan a las características socioeconómicas de cada comunidad minera y ofrecen educación y recursos sobre la manera de fomentar las alianzas con las partes interesadas, incluidas las organizaciones comunitarias y el sector privado.

Diálogo entre el Gobierno y las partes interesadas en la minería artesanal y en pequeña escala

Se debe implicar a las personas del sector de la minería artesanal y en pequeña escala a lo largo de todo el proceso de formalización para que los cambios estén en sintonía con las realidades sobre el terreno. Para crear estrategias de formalización sostenibles a largo plazo hay que considerar varias cuestiones, entre ellas: *a)* crear una plataforma para el diálogo positivo y regular entre las partes interesadas en la minería artesanal y en pequeña escala y el Gobierno que sirva de vía de consulta sobre los cambios; *b)* basar el diálogo en las investigaciones sobre las comunidades mineras para comprender las complejidades del sector de la minería artesanal y en pequeña escala; y *c)* establecer una hoja de ruta elaborada conjuntamente que resuma las intervenciones con las aportaciones de las distintas partes interesadas, incluidas las que no se dedican a la minería, a todos los niveles.

[a] International Institute for Sustainable Development, "Six key factors in formalizing artisanal and small-scale mining", 22 de enero de 2018.

NOTA

Se puede encontrar información pertinente sobre las prácticas y los debates actuales relativos a la formalización de la minería artesanal y en pequeña escala, la cual no se puede cubrir con suficiente detalle en la presente guía, en las publicaciones *Compendium on Best Practices in Small-Scale Mining in Africa*; *Global Trends in Artisanal and Small-Scale Mining (ASM): A Review of Key Numbers and Issues*; *Best Practices: Formalization and Due Diligence in Artisanal and Small-Scale Mining*; *Manual: desarrollar estrategias nacionales de formalización de la ASGM en el marco de los planes de acción nacionales*; y *IGF Guidance for Governments: Managing Artisanal and Small-Scale Mining*.

MARCO INSTITUCIONAL NACIONAL

La presente publicación es una guía legislativa, no una guía sobre el fortalecimiento de las instituciones nacionales, si bien cabe destacar que esos dos temas no pueden separarse del todo. Las leyes son necesarias para que las instituciones públicas se creen y desempeñen sus funciones en consonancia con el estado de derecho, e incluso las leyes mejor redactadas no podrán lograr sus objetivos si no están respaldadas por un marco institucional nacional eficaz.

Por motivos prácticos, la presente guía tiene un alcance limitado, pues se concentra en la legislación sustantiva para hacer frente a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. No pretende ofrecer orientaciones exhaustivas sobre cómo fortalecer las instituciones nacionales de manera que prevengan y combatan esos delitos con eficacia. No obstante, dado que esos temas están relacionados estrechamente, la guía no obvia la cuestión del fortalecimiento de las instituciones nacionales.

En esta sección se reseñan los tipos de facultades y responsabilidades que deben asignarse a las instituciones nacionales para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, así como las instituciones convencionales en las que se depositan esas facultades y responsabilidades. En los capítulos siguientes figuran disposiciones modelo que establecen las facultades y responsabilidades pertinentes, como las relativas a la investigación, la cooperación internacional, el enjuiciamiento y la imposición de penas.

Responsabilidades y facultades

Para que el marco institucional nacional sea eficaz es necesario que las responsabilidades y facultades se asignen de forma adecuada. La asignación de responsabilidades y facultades por la legislación también es necesaria para que la acción gubernamental contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales sea legítima y coherente con el estado de derecho.

Las autoridades nacionales implicadas en la prevención, la investigación, el enjuiciamiento y la adopción de decisiones judiciales respecto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales deben tener responsabilidades claras y facultades adecuadas para cumplir esos mandatos. A continuación figura una lista no exhaustiva de las responsabilidades y facultades relacionadas con la prevención de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y la lucha contra ellos que deben ser delegadas en los departamentos, los organismos y el funcionariado público pertinentes en virtud de la legislación:

- promulgar y modificar la legislación subordinada o delegada (por ejemplo, reglamentos) relativa a la actividad minera;
- expedir licencias, permisos o certificados en relación con la actividad minera;
- supervisar y evaluar la aplicación de las leyes y reglamentos sobre minería;
- recopilar, comunicar y analizar los datos pertinentes;
- investigar, enjuiciar y adoptar decisiones judiciales respecto de las infracciones de las leyes y reglamentos sobre minería;
- imponer sanciones en caso de infracción y vigilar su aplicación;
- cooperar con los organismos encargados de hacer cumplir la ley de otros países y otras autoridades extranjeras, así como con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, incluidos los organismos internacionales y regionales de cooperación para la aplicación de la ley;
- concienciar a toda la industria minera y educar al público en general sobre la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

Esas responsabilidades y facultades recaerán necesariamente en diferentes departamentos, organismos y miembros del funcionariado público, lo que permitirá a estos desarrollar competencias y conocimientos especializados y desempeñar así sus funciones con más eficacia. La constitución nacional también puede exigir que se separen ciertas facultades o poderes, como la facultad de adoptar decisiones judiciales del ejercicio de los poderes ejecutivo y administrativo.

La siguiente sección versa sobre los órganos, departamentos, agencias y organismos públicos que suelen estar implicados en la prevención de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y en la lucha contra ellos.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Recopilación, intercambio y análisis de información

Para que los Gobiernos elaboren una legislación sólida es crucial adquirir un conocimiento exhaustivo y sistemático de los mercados ilícitos y de su evolución en el tiempo. El artículo 28 de la Convención contra la Delincuencia Organizada reconoce la importancia de la recopilación de datos y del intercambio de información para prevenir y combatir la delincuencia organizada, incluida la evaluación de la eficacia y la eficiencia de las políticas, la legislación y otras medidas para combatirla.

Para ello, los Estados pueden decidir confiar las responsabilidades de recopilación, intercambio y análisis de datos a un ministerio o a una autoridad independiente, como las comunidades científica y académica. En otros casos puede ser necesario distribuir esas responsabilidades entre diferentes instituciones. Sin embargo, es importante establecer un sistema coordinado que posibilite la recopilación de datos pertinentes de distintas fuentes, como los organismos encargados de hacer cumplir la ley, las unidades de inteligencia financiera, los organismos de protección ambiental y otras partes interesadas.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Concienciación y denuncia de delitos

Las campañas de concienciación orientadas al público son fundamentales para lograr una minería responsable y ambientalmente sostenible. En esos programas se deben tener en cuenta las características específicas locales de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales (por ejemplo, la demografía de las víctimas, los tipos de minerales, la presencia de organizaciones delictivas, etc.) y utilizar los medios adecuados para llegar al público destinatario (por ejemplo, Internet, la televisión, los periódicos, los medios sociales, etc.). Pueden ayudar a alcanzar esos objetivos la implicación de las organizaciones de la sociedad civil en la capacitación de las partes interesadas pertinentes, el respaldo de las campañas de concienciación y la estrecha colaboración con los medios de comunicación, los defensores del medio ambiente y los denunciantes de irregularidades.

La concienciación está ligada estrechamente a la capacidad de las fuerzas del orden para recibir de las comunidades información sobre los delitos. La policía depende de que los miembros de las comunidades denuncien los delitos y las conductas sospechosas cuando se producen y se mantengan informados de los problemas ambientales y de seguridad pública para ayudar a reducir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Deberían establecerse mecanismos de denuncia fiables entre las instituciones de justicia penal y las comunidades indígenas y de mineros artesanales y en pequeña escala, sector donde se producen la mayoría de las actividades mineras ilegales, con los recursos, el equipo y las instalaciones que mejor se adapten a las necesidades de esas comunidades.

EJEMPLO NACIONAL

AFGANISTÁN: LEY DE MINERALES DE 2019

Artículo 68. Denuncia de incidentes

1) Quien sea titular de una licencia deberá denunciar inmediatamente al Ministerio cualquier incidente que

1. haga que se pierdan vidas o cause daños a la salud del personal; o

2. implique un riesgo importante de que se pierdan vidas o se causen daños a la salud del personal.

Artículo 62. Vigilancia comunitaria y presentación de información sobre el cumplimiento

1) El Ministerio nombrará a un Defensor de conformidad con el Reglamento.

2) El Defensor tendrá las siguientes funciones:

1. cumplir los procedimientos prescritos en el Reglamento;

2. invitar a la comunidad local a presentar información respecto a cualquier preocupación relacionada con la realización de actividades mineras y recibir dicha información;

3. mantener un registro de la información presentada por la comunidad local; y

4. remitir cualquier posible problema de incumplimiento al Oficial de Cumplimiento.

5. El Defensor publicará un informe anual que resuma lo siguiente:

    1. la información recibida de la comunidad local durante el año; y

    2. las medidas de acción coercitiva adoptadas en virtud del artículo 53 durante el año.

Instituciones implicadas en la prevención de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y en la lucha contra ellos

En la sección anterior se hace referencia a las responsabilidades y facultades que podrían asignarse en virtud de la legislación para hacer frente con eficacia a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. En la presente sección se examinan los órganos, departamentos, organismos y miembros del funcionariado público que suelen encargarse de hacer frente a esos delitos.

La forma en que los Estados distribuyen las responsabilidades y facultades entre los órganos, departamentos, organismos y miembros del funcionariado público pertinentes varía, y es competencia de cada Estado en concreto. Independientemente del mandato de las instituciones pertinentes, se aconseja a los Estados que garanticen una capacidad operacional suficiente para las responsabilidades asignadas, así como la coordinación y la colaboración entre esas instituciones para aplicar la legislación de forma adecuada.

A continuación se exponen algunos ejemplos genéricos del amplio abanico de departamentos, organismos y miembros del funcionariado público que pueden participar en la prevención, la detección y la investigación de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

EJEMPLOS DE DEPARTAMENTOS, ORGANISMOS Y MIEMBROS DEL FUNCIONARIADO PÚBLICO QUE PARTICIPAN EN LA PREVENCIÓN, LA DETECCIÓN Y LA INVESTIGACIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL Y EL TRÁFICO DE METALES Y MINERALES

Órgano legislativo

Según la separación de poderes, el órgano legislativo se encarga de aprobar la legislación. Por lo tanto, los órganos legislativos nacionales tienen la responsabilidad de introducir y modificar la legislación relativa a la gobernanza minera, incluidas las disposiciones penales. Las competencias para legislar suelen estar recogidas en la constitución nacional y suelen ser lo suficientemente amplias como para incluir el ámbito de la gobernanza minera. Sin embargo, cuando un Estado se ve obligado por un acuerdo internacional en el que es parte —como la Convención contra la Delincuencia Organizada, el Convenio de Minamata o el Proceso de Kimberley— a establecer leyes que no entran dentro de las competencias de su órgano legislativo, el Estado tiene la responsabilidad de asegurar que se dote a dicho órgano de las competencias adecuadas para que el Estado pueda cumplir con las obligaciones dimanantes del tratado.

Ministerios de minería y recursos minerales

Los ministerios públicos pertinentes, como los de minería y recursos minerales, suelen tener funciones y responsabilidades específicas relacionadas con los delitos de minería ilegal. Los miembros del funcionariado asociados a esos ministerios, como el funcionariado y el personal de inspección de minas, suelen participar en la detección o el reconocimiento de los delitos de minería ilegal y los delitos conexos mientras realizan patrullas o inspecciones o desempeñan otras funciones específicas. El funcionariado de ese tipo debería estar autorizado por la legislación y ser capacitado y facultado para llevar a cabo esas investigaciones, recoger muestras y pruebas e incautarse de ellas, interrogar a los sospechosos y preparar los expedientes de los casos.

Autoridades ambientales

Los departamentos, ministerios u organismos públicos pertinentes, como los departamentos de recursos naturales o de medio ambiente, suelen tener funciones y responsabilidades específicas en relación con la gobernanza minera en general y con la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales en particular. Las autoridades ambientales participan en la elaboración de políticas, la actualización de la legislación subordinada (por ejemplo, listas de áreas protegidas o listas de equipo, artefactos y sustancias químicas) y la adopción de medidas ejecutivas. Pueden examinar las solicitudes de licencias, permisos o certificados relacionados con la actividad minera y concederlos. El funcionariado de las autoridades ambientales suele encargarse de vigilar que se cumplan las leyes y reglamentos sobre minería, realizar inspecciones y detectar o reconocer los delitos de minería ilegal y tráfico y otros delitos conexos.

Policía

La policía puede participar en la detección o el reconocimiento de los delitos de minería ilegal y los delitos conexos, o bien se le puede pedir que lleve a cabo funciones de investigación especializadas o avanzadas, que generalmente quedan fuera del mandato del funcionariado y el personal de inspección de minas. Entre las autoridades policiales pertinentes se cuenta la policía nacional, regional o local, así como los departamentos de policía que se encargan de los delitos ambientales, el tratamiento de las escenas del delito y la gestión de las investigaciones forenses, las telecomunicaciones, las operaciones encubiertas y las investigaciones de delitos en general. La policía puede desempeñar sus funciones relacionadas con los delitos de minería ilegal en virtud de diversas leyes, directrices y reglamentos nacionales, incluidas las leyes relativas a la delincuencia organizada y el blanqueo de dinero.

Administración de aduanas

Los organismos de administración de aduanas entran en contacto con el tráfico de metales y minerales principalmente en los puertos, los aeropuertos y las fronteras terrestres. Por lo general, tienen el mandato de detectar o reconocer los metales y minerales de origen ilícito en esos lugares, de conformidad con las leyes y reglamentos aduaneros. El funcionariado de aduanas suele estar capacitado y facultado para realizar investigaciones generales, presentar casos y recoger pruebas e incautarse de ellas. Asimismo, suele desempeñar un papel importante en las investigaciones especiales, como las relacionadas con las entregas vigiladas.

Ministerio público

Las funciones del ministerio público varían de un país a otro. En la mayoría de los sistemas, sus funciones principales son la de decidir iniciar la acción penal y la de representar a la acusación ante los tribunales. En algunas jurisdicciones, las funciones principales abarcan también la investigación de los delitos, la supervisión del cumplimiento de las normas procesales por el personal de investigación, la concesión de la libertad provisional judicial (bajo fianza), la negociación de los cargos y la pena, la derivación de los delincuentes a modalidades alternativas al proceso penal, el apoyo a las víctimas, la formulación de recomendaciones sobre las penas y la supervisión de la ejecución de estas y del trato que reciben las personas detenidas[a].

Magistrados y jueces

Los magistrados y jueces pueden supervisar aspectos de la investigación de los delitos de minería ilegal y los delitos conexos, como las solicitudes de órdenes judiciales y el uso de técnicas especiales de investigación. Los jueces de instrucción ocupan un lugar central en la investigación y pueden dirigir la fase de enjuiciamiento penal, lo cual puede implicar entrevistar al acusado, las víctimas y los testigos, determinar qué pruebas se examinarán en la vista y preparar la causa e incoarla ante el juez de primera instancia. Los jueces de instrucción suelen tener facultades más amplias que el ministerio público. En muchas jurisdicciones, cuando un caso se transfiere al juez de instrucción, el ministerio público actúa según sus instrucciones.

Autoridades encargadas de la cooperación internacional en asuntos penales

En algunos casos, en la investigación, el enjuiciamiento y la adopción de decisiones judiciales respecto de los casos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales puede ser necesario cooperar con otros Estados. Eso puede ocurrir cuando los delitos son transfronterizos o cuando los delincuentes, los testigos o las víctimas se encuentran en otras jurisdicciones. Organizar las actividades de los Estados para combatir la delincuencia organizada transnacional es una tarea compleja. Para seguir el rastro de todos los acuerdos, tratados, memorandos de entendimiento, servicios de enlace policial, regímenes jurídicos, novedades en el derecho interno e internacional y los distintos servicios de ejecución e investigación que son la fuente de las solicitudes de cooperación, además del procesamiento de las propias solicitudes recibidas y enviadas, es necesario contar con conocimientos jurídicos y administrativos especializados y las facultades correspondientes. Es fundamental designar una autoridad central que se encargue de la cooperación internacional en asuntos penales para mantener el control y la supervisión sobre esas cuestiones y que la cooperación internacional sea eficaz[b]. En virtud del artículo 18, párrafo 13, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes han de designar a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Este requisito se entiende sin perjuicio de la cooperación por vía diplomática o por conducto de INTERPOL y de la cooperación informal entre autoridades.

Otros cargos y organismos especializados

Otros miembros del funcionariado público, como el personal militar, también pueden participar en las respuestas a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. El papel que desempeñen en las investigaciones de delitos de minería ilegal dependerá normalmente en gran medida de las disposiciones y preferencias nacionales específicas. Algunos organismos especializados, como las autoridades de lucha contra el blanqueo de dinero, las unidades de inteligencia financiera y las autoridades tributarias, también pueden contribuir a las investigaciones de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales sobre la base de leyes especializadas que les otorgan facultades de aplicación de la ley.

[a] UNODC y Asociación Internacional de Fiscales, *The Status and Role of Prosecutors: A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide*, Serie de Manuales de Justicia Penal (Viena, 2014).

[b] UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* (Viena, 2012), págs. 29 a 39.

Los Estados pueden optar por dividir las responsabilidades y facultades relacionadas con la investigación de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales entre varios organismos en función de la fase en que se encuentre la investigación o de la gravedad de los delitos que parezcan haberse cometido. La gravedad de los delitos podría estar relacionada con las presuntas actividades de los delincuentes, con la presunta involucración de un grupo delictivo organizado o con la existencia de un elemento transnacional. Es competencia de cada Estado determinar la designación, el número y las facultades de los organismos que participan en la investigación de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Por ello, no se propone ninguna disposición modelo sobre los mandatos de los organismos de investigación pertinentes. Sea cual fuere la división de atribuciones que adopte un Estado, este debe asegurarse de que en la legislación nacional se establezcan claramente los respectivos mandatos de cada organismo implicado en la prevención, la detección y la investigación de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, así como de cualquier otro delito pertinente. Eso es imprescindible no solo para que cada organismo desempeñe esas funciones con eficacia, sino también para asegurar la legalidad y la admisibilidad de las pruebas obtenidas por los organismos en posteriores acciones penales.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Regulación de la cadena de suministro de metales y minerales

Las autoridades reguladoras son los organismos nacionales que tienen el mandato legal de establecer objetivos y administrar todo el espectro de actividades reguladoras en relación con la transparencia de las cadenas de suministro de metales y minerales, lo que incluye la expedición de licencias y autorizaciones comerciales, el establecimiento de mecanismos de cumplimiento para las empresas de las fases finales de la cadena, las refinerías y los mayoristas, la trazabilidad de los minerales, la promoción del uso racional de los recursos minerales y el fomento de la formalización de la minería en pequeña escala.

Los Estados deben asegurarse de que cuentan con la estructura institucional necesaria para regular con eficacia las cadenas de suministro de minerales. Es competencia de cada Estado decidir la estructura de la autoridad o las autoridades reguladoras encargadas de ese fin. Las funciones reguladoras pueden recaer en una dependencia de una autoridad existente, o bien los Estados pueden crear una autoridad independiente para que desempeñe esas funciones. Las autoridades reguladoras deben examinar cada incidente de minería ilegal o relacionado con metales y minerales extraídos ilegalmente con el fin de determinar cuáles son los puntos débiles del sistema regulador y las vulnerabilidades de la cadena de suministro, y realizar los cambios oportunos para mejorar los mecanismos de respuesta.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Alianzas de múltiples interesados

Se recomienda a los Estados que establezcan alianzas a largo plazo no solo con empresas, sino también con otras partes interesadas, en particular organizaciones no gubernamentales (ONG), lo cual puede mejorar la repercusión social y los resultados ambientales. Por ejemplo, las ONG pueden garantizar el acceso efectivo de las comunidades a los recursos jurídicos y aumentar la capacidad de estas para beneficiarse del mecanismo de reparación establecido por las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*[a] .

OECD Watch

OECD Watch es una red mundial de organizaciones de la sociedad civil integrada por más de 130 miembros de más de 50 países. Su objetivo principal es informar y asesorar a la comunidad mundial de ONG sobre la manera de utilizar las *Líneas Directrices de la OCDE* y el mecanismo de reparación conexo para lograr que las empresas rindan cuentas y ayudar a las personas perjudicadas por la conducta indebida de las empresas a acceder a recursos jurídicos.

OECD Watch tiene una triple misión: *a)* aumentar la eficacia y el alcance de las *Líneas Directrices de la OCDE* como norma de conducta de las empresas e instrumento de rendición de cuentas; *b)* reforzar los puntos de contacto nacionales para que sean accesibles e imparciales y estén equipados para ayudar a las víctimas de daños causados por empresas a acceder verdaderamente a los recursos jurídicos; y *c)* crear capacidad en las organizaciones de la sociedad civil para que utilicen las *Líneas Directrices de la OCDE* y el mecanismo de reparación con el fin de que las comunidades, los trabajadores y los particulares afectados negativamente por la conducta de las empresas tengan acceso a recursos jurídicos[b].

[a] Un caso concreto es una reclamación sobre la conducta de una empresa que se considere incompatible con las *Líneas Directrices de la OCDE*. Todas las reclamaciones recibidas por los puntos de contacto nacionales deben ser examinadas, ya sean presentadas por una comunidad afectada por las actividades de una empresa, por los trabajadores de una empresa, por miembros de un sindicato, por una organización no gubernamental o por un particular. Si se desea información más detallada, véase OCDE, "Guide for national contact points on structures and activities, OECD Guidelines for Multinational Enterprises" (París, 2019).

[b] La versión en inglés es una adaptación del texto que figura en **www.oecdwatch.org/about-us/**.

Capítulo 2.

DISPOSICIONES GENERALES

En el capítulo 2 se presentan disposiciones generales para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Se tratan cuatro temas: la finalidad de la legislación, la jurisdicción, las listas y clasificaciones, y las definiciones.

FINALIDAD Y ALCANCE

Como de sobra es sabido que los grupos delictivos organizados se involucran en la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y tienen la capacidad de realizar operaciones transfronterizas, el objetivo principal de las disposiciones legislativas modelo propuestas es apoyar la tipificación como delitos de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales —entre otros delitos pertinentes—, proponer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, promover la cooperación internacional y fomentar la prevención de esos delitos, por ejemplo introduciendo mejoras en la reglamentación relativa a la diligencia debida y la transparencia de las cadenas de suministro.

La disposición modelo 1, que se basa en la Convención contra la Delincuencia Organizada, tiene por objeto definir los objetivos más importantes de la legislación sobre la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

DISPOSICIÓN MODELO 1

FINALIDAD

El propósito de [la presente ley/el presente capítulo/…] es el siguiente:

a) tipificar como delitos determinados actos;

b) prevenir y combatir esos actos;

c) apoyar la integridad de las cadenas de suministro de metales y minerales; y

d) promover la cooperación nacional e internacional para alcanzar estos objetivos [en consonancia con los derechos humanos fundamentales y el estado de derecho/las obligaciones jurídicas internacionales, incluidas las obligaciones en materia de derechos humanos].

JURISDICCIÓN

La jurisdicción se refiere a la facultad de un Estado, por conducto de su ministerio público, sus tribunales y otras instituciones, para ejercer la autoridad legal sobre un territorio, una persona o un bien. Los Estados deben promulgar disposiciones que establezcan una jurisdicción integral en lo que respecta a enjuiciar y sancionar la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Por ejemplo, los delincuentes también pueden trasladarse de un Estado a otro y aprovechar las lagunas jurisdiccionales de las leyes de los Estados para evitar la aprehensión y el enjuiciamiento. También pueden sacar metales y minerales de contrabando y posteriormente comercializarlos fuera del Estado en el que se extrajeron de forma ilegal. Por lo tanto, es importante articular claramente las bases jurisdiccionales sobre las que los tribunales nacionales pueden determinar las actuaciones judiciales respecto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

Evidentemente, un Estado puede ejercer su jurisdicción sobre los actos cometidos en su territorio, incluidas sus aguas territoriales (principio de territorialidad). Esto incluye la jurisdicción de un Estado sobre los actos cometidos fuera de él, pero que pretenden tener un efecto sustancial dentro del territorio del Estado (principio de territorialidad objetiva). El derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción extraterritorial en una serie de circunstancias está reconocido en el derecho internacional. Si bien el alcance exacto de esas circunstancias sigue sin definirse, la comunidad internacional reconoce en general la jurisdicción de un Estado sobre sus nacionales, incluso cuando están fuera de su territorio (principio de personalidad activa), y sobre los actos que perjudican a sus nacionales (principio de personalidad pasiva)[78]. Además, la comunidad internacional también ha establecido la jurisdicción universal, en virtud de la cual los Estados están obligados bien a extraditar a los autores de delitos detenidos en su territorio (o transferirlos a un tribunal internacional) o a enjuiciarlos y juzgarlos ellos mismos, de modo que todos los tribunales nacionales del mundo pueden enjuiciar y condenar a los autores de delitos internacionales graves (por ejemplo, crímenes de lesa humanidad), independientemente del lugar en el que se cometan los delitos y de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), en virtud de la cual los Estados han de cooperar para combatir atrocidades graves, puede desempeñar un papel importante en lo que respecta a combatir la impunidad y a garantizar que tales violaciones se investiguen debidamente y los autores reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquiera de esos delitos, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional[79].

Puesto que la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales pueden ser transfronterizos, la presente guía propone que los Estados promulguen disposiciones que establezcan la jurisdicción sobre los delitos de minería ilegal y los delitos conexos en función tanto del principio de territorialidad como de los principios reconocidos de la jurisdicción extraterritorial. La disposición modelo 2, que figura a continuación, ilustra la manera en que los Estados podrían establecer esas bases jurisdiccionales.

[78] Véanse la Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 15, párr. 2, y la Convención contra la Corrupción, art. 42, párr. 2.

[79] Si se desea información más detallada sobre las mejores prácticas en la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, véase el informe final de la Comisión de Derecho Internacional, aprobado en su 66º período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2014, vol. II (segunda parte).

DISPOSICIÓN MODELO 2
JURISDICCIÓN

1. [Las/Los [*introdúzcase la referencia a los tribunales pertinentes*]] tendrán jurisdicción para determinar las actuaciones judiciales respecto de los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…] cuando hayan sido cometidos:

a) [total o parcialmente] dentro del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*]; o

b) [total o parcialmente] a bordo de un buque que enarbole el pabellón de [*introdúzcase el nombre del Estado*] o de una aeronave registrada conforme a las leyes de [*introdúzcase el nombre del Estado*] en el momento de la comisión del delito; o

c) por un nacional de [*introdúzcase el nombre del Estado*] presente en el territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*] cuya extradición se deniegue en razón de su nacionalidad; o

d) por una persona presente en [*introdúzcase el nombre del Estado*] cuya extradición se deniegue por el motivo que fuere.

2. [Las/Los [*introdúzcase la referencia a los tribunales pertinentes*]] también tendrán jurisdicción para determinar las actuaciones judiciales respecto de los delitos cometidos fuera del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*] a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…] cuando

a) [la víctima/el objeto del delito] sea un nacional de [*introdúzcase el nombre del Estado*] [o tenga residencia permanente en] [o tenga residencia habitual en] [*introdúzcase el nombre del Estado*];

b) el autor del delito sea un nacional de [*introdúzcase el nombre del Estado*] [o tenga residencia permanente en] [o tenga residencia habitual en] [*introdúzcase el nombre del Estado*] [o sea una persona jurídica de] [*introdúzcase el nombre del Estado*];

c) el delito sea cometido fuera del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*] con miras a la comisión de un delito grave dentro del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*]; o

d) dicha jurisdicción se base en un acuerdo internacional vinculante para [*introdúzcase el nombre del Estado*].

En el párrafo 1 de la disposición modelo 2 se establece la jurisdicción territorial para determinar las actuaciones judiciales respecto de los delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales de la siguiente manera:

- Los apartados 1 *a)* y 1 *b)* reflejan las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 15, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada.
- El apartado 1 *c)* refleja el principio de "extraditar o juzgar"[80] enunciado en los artículos 16, párrafo 10, y 15, párrafo 3, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. El artículo 16, párrafo 10, establece que, si un Estado parte en la Convención no extradita a una persona que se encuentra en su territorio por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, dicho Estado estará obligado, previa solicitud del Estado parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes para su enjuiciamiento. El artículo 15, párrafo 3, exige a los Estados partes, a los efectos del artículo 16, párrafo 10, que establezcan su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la Convención, independientemente del lugar donde tengan lugar, en las situaciones en que la persona sospechosa se encuentre en su territorio y se deniegue la extradición por el solo hecho de que es uno de sus nacionales.
- El apartado 1 *d)* de la disposición modelo 2 refleja el artículo 15, párrafo 4, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, en virtud del cual un Estado parte también puede establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por el motivo que fuere.

[80] UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* (Viena, 2012), párrs. 108 a 110.

Si un Estado adopta el apartado 1 *d)* de la disposición legislativa modelo 1 y lo incorpora en el derecho interno, no es necesario incluir el apartado 1 *c)*, ya que el apartado 1 *d)* abarca las situaciones en que se deniega la extradición por el motivo que fuere, lo que incluye la nacionalidad.

En el párrafo 2 de la disposición modelo 2 se establecen cuatro fundamentos para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial[81] para determinar las actuaciones judiciales respecto de los delitos contemplados en la presente guía:

- El apartado 2 *a)* establece la jurisdicción respecto de los casos en que la víctima de un delito es uno de los nacionales del Estado, lo cual refleja el principio de personalidad pasiva y el artículo 15, párrafo 2 *a)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Los Estados también pueden optar por ampliar el fundamento jurisdiccional del apartado 2 *a)* de la disposición modelo a los residentes permanentes o habituales del Estado.

- El apartado 2 *b)* establece la jurisdicción respecto de los delitos cometidos por uno de los nacionales (o de los residentes permanentes o habituales) del Estado, lo cual refleja el principio de personalidad activa y el artículo 15, párrafo 2 *b)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

- El apartado 2 *c)* establece la jurisdicción respecto de los delitos cometidos fuera del territorio del Estado, pero con miras a la comisión de un delito grave dentro de él, es decir, el principio de territorialidad objetiva reflejado en el artículo 15, párrafo 2 *c)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

- El apartado 2 *d)* establece el fundamento para determinar las actuaciones judiciales respecto de los casos en que se ha atribuido la jurisdicción en virtud de un acuerdo internacional vinculante para el Estado, el cual podría ser, por ejemplo, una resolución vinculante del Consejo de Seguridad.

LISTAS Y CLASIFICACIONES

La minería ilegal y el tráfico pueden abarcar una amplia gama de metales y minerales. Un metal es un elemento y un mineral es un compuesto químico. La mayoría de los metales se encuentran en la naturaleza en forma de minerales.

MINERALES

Los minerales son sustancias inorgánicas de origen natural presentes en la corteza terrestre[a]. Se distinguen por su composición química y su estructura cristalina.

METALES

Los metales son elementos presentes de manera natural en los minerales en forma de compuestos. Los minerales son formas naturales de los metales que se presentan en forma de menas metálicas. Todas las menas son rocas con concentraciones de minerales[b]. Los metales más esenciales para la industria y el comercio, como el cobre y el hierro, suelen encontrarse en forma de menas.

Aunque la mayoría de los metales se procesan a partir del mineral, algunos están presentes en la naturaleza en su forma metálica, ya sea pura o como una aleación. Entre esos metales naturales o nativos se encuentran algunos que se utilizan en la industria, como el aluminio, el arsénico, el estaño, el hierro, el níquel, el tantalio, el titanio, el

[81] UNODC, *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada*, segunda edición (Viena, 2021), págs. 24 a 28.

wolframio y el zinc, así como dos grupos de metales: *a)* el grupo del oro (por ejemplo, cobre, oro, plata y plomo); y *b)* el grupo del platino (por ejemplo, platino, iridio, paladio, rodio y rutenio)[c].

[a] McGraw Hill, *Dictionary of Geology and Mineralogy*, 2ª ed. (Nueva York, 2003), pág. 206.
[b] *Ibid*., pág. 231.
[c] *Ibid*., p. 216.

En la minería ilegal también suele ser necesario utilizar una amplia gama de equipo, artefactos y sustancias químicas para la extracción. Para facilitar la redacción de legislación contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, es útil clasificar en categorías amplias los diferentes tipos de metales y minerales, como los metales preciosos frente a otros metales. Con ese fin, se recomienda utilizar listas.

En las listas se incluyen los metales y minerales que pertenecen a determinada categoría. Las listas se citan en las disposiciones legislativas pertinentes como forma abreviada de referirse a las categorías concretas enumeradas en ellas. Así, las leyes no solo se leen más fácilmente, sino que también es más cómodo actualizarlas. Las listas legislativas son parte indisociable de los instrumentos legislativos a los que se refieren y extraen su valor jurídico de las referencias que figuran en las disposiciones sustantivas del cuerpo principal de la legislación. Estas listas se utilizan en las leyes para proporcionar detalles que, por razones de utilidad, no pueden abordarse adecuadamente en el cuerpo principal de la legislación. Las listas de metales y minerales pueden incluirse en instrumentos legislativos primarios, como las leyes, o en instrumentos legislativos subordinados o delegados, como los reglamentos. La legislación subordinada tiene la ventaja de ser más fácil de modificar y puede proporcionar más flexibilidad. Es competencia de cada estado decidir la forma jurídica adecuada de las listas.

En el contexto específico de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, se aconseja a los Estados que consideren varias listas modelo:

- minerales estratégicos, fundamentales o de alto valor (por ejemplo, oro, diamantes y gemas);
- minerales a los que se aplica una regulación más estricta o una moratoria/prohibición (por ejemplo, mercurio, uranio, tantalio, estaño y wolframio);
- minerales que se utilizan en la construcción (por ejemplo, grava y arena).

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA POPULAR LAO: LEY DE MINERALES, VERSIÓN MODIFICADA DE 2017

Artículo 3 (modificado). Definiciones

Los siguientes términos, empleados en la presente ley, tendrán el significado que se indica a continuación:

[…]

10. "Minerales reservados" hace referencia a los minerales respecto de los cuales el Gobierno ha prohibido o suspendido la prospección, la exploración, la extracción y el procesamiento por razones económicas, sociales o ambientales, según lo dispuesto por el Gobierno periódicamente, como los elementos traza, el wolframio, el titanio, el cobalto y la molibdenita;

11. "Minerales prohibidos" hace referencia a los minerales respecto de los cuales el Gobierno ha prohibido la exploración, la extracción y el procesamiento para garantizar la salud y la seguridad de los seres humanos y preservar la biodiversidad, como los minerales de tierras raras, los minerales radiactivos y los minerales tóxicos;

[…]

Al decidir el tipo de instrumento legislativo en que se incluirán las listas, los Estados también deben tener en cuenta los procesos aplicables para modificar dicho instrumento, lo cual es importante porque el equipo utilizado para las operaciones mineras y para tratar los minerales y concentrarlos cambia constantemente. Los Estados deben actualizar periódicamente sus leyes, incluidas las listas correspondientes, para incorporar los cambios. El proceso de modificación de los reglamentos u otra legislación subordinada suele ser más ágil que el de modificación de las leyes. Por lo tanto, si las listas pertinentes se incluyen en reglamentos u otros instrumentos legislativos subordinados, los Estados pueden reaccionar más fácilmente para incorporar los cambios.

EJEMPLO

LISTA DE LA UNIÓN EUROPEA DE "MINERALES DE GUERRA", EN VIRTUD DEL REGLAMENTO (UE) 2017/821

Anexo I

Parte A. Minerales

Designación	*Código de la nomenclatura combinada*	*Subdivisión del Arancel Integrado de las Comunidades Europeas*	*Volumen mínimo (kg)*
Minerales de estaño y sus concentrados	2609 00 00		5 000
Minerales de wolframio y sus concentrados	2611 00 00		250 000
Minerales de tantalio o niobio y sus concentrados	ex 2615 90 00	10	se aplican el artículo 1, apartado 4, y el artículo 18
Minerales de oro y sus concentrados	ex 2616 90 00	10	se aplican el artículo 1, apartado 4, y el artículo 18
Oro, en bruto o semilabrado, o en polvo con una concentración de oro inferior al 99,5 % sin haber pasado la fase de refinado	ex 7108 (*1)		100

(*1) Para la modificación de este volumen mínimo, el volumen importado obtenido mediante la aplicación de la metodología y los criterios establecidos en el artículo 18 constituirá el mínimo para las dos líneas arancelarias 7108 incluidas en el anexo I.

EJEMPLO NACIONAL

CÔTE D'IVOIRE: CÓDIGO MINERO DE 2014

Artículo 17. A los efectos de la presente ley, las sustancias de las minas se clasifican en los siguientes grupos:

- Grupo 1: metales preciosos (oro, plata y platinoides)
- Grupo 2: piedras preciosas y semipreciosas (diamantes en bruto, esmeraldas, berilo, zafiros, rubíes, granates, topacios, citrinos y zircones)
- Grupo 3: metales comunes (hierro, níquel, cobalto, cromo, aluminio, cobre, plomo, zinc, manganeso, metales de tierras raras, tantalio, litio y estaño)
- Grupo 4: sustancias radiactivas y energéticas (uranio, torio, potasio, carbón, hulla, lignito, turba y esquisto bituminoso)
- Grupo 5: otras sustancias no clasificadas en otro grupo

DEFINICIONES

En la presente sección figura una lista de términos y sus definiciones aplicables al contexto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Algunos de los términos proceden de la Convención contra la Delincuencia Organizada o se basan en definiciones aprobadas por organizaciones regionales o internacionales.

En la disposición modelo 3 se establecen las definiciones de algunos términos clave utilizados en las disposiciones modelo que figuran en la presente guía. Quienes redactan los textos legislativos deberían asegurarse de que la terminología utilizada sea clara, precisa y coherente. Al redactar leyes relativas a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se debería tener plenamente en cuenta el marco jurídico nacional existente para evitar contradicciones y lagunas y para garantizar, en la medida de lo posible, la coherencia en el uso de los términos entre las diferentes leyes. Al redactar la legislación de conformidad con la guía, los Estados deberían adaptar la denominación y el significado de todos los términos pertinentes, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación previsto de sus disposiciones.

DISPOSICIÓN MODELO 3
DEFINICIONES

Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…]:

Por "actividad minera" se entenderá cualquier actividad relacionada con la prospección, la exploración y la explotación superficial o subterránea de los recursos minerales con fines comerciales;

Por "prospección" se entenderán diversas técnicas de reconocimiento y estudio geológico empleadas para detectar la presencia de minerales y recursos minerales;

Por "área protegida" se entenderá un espacio geográfico claramente definido, reconocido, dedicado y gestionado, mediante medios legales u otros medios eficaces, para conseguir la conservación a largo plazo de la naturaleza y de sus servicios ecosistémicos y sus valores culturales asociados[a];

Por "exploración" se entenderá la fase de la minería durante la cual se recoge información exacta sobre la ubicación, la forma, la dimensión, la extensión, la calidad y la cantidad de los recursos minerales, así como sobre las condiciones sociales y el medio ambiente;

DEFINICIONES (*continuación*)

Por "explotación" se entenderá la fase de la minería durante la cual se llevan a cabo trabajos de construcción, así como la extracción, el procesamiento, la purificación, el transporte y la venta de los minerales;

Por "recurso mineral" se entenderá una sustancia sólida natural no renovable de valor económico que se forma como resultado de procesos geológicos y puede extraerse del suelo, incluidos los metales y los no metales[b];

Por "procesamiento" se entenderá cualquier actividad necesaria o conveniente para concentrar los metales y minerales con el fin de obtener un producto, incluidos la fundición y el refinado[c];

Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos comprendidos en [la presente ley/el presente capítulo/…] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material[d];

Por "delito grave" se entenderá un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave[e];

Por "beneficio económico u otro beneficio de orden material" se entenderá cualquier tipo de incentivo económico o no económico, pago, soborno, recompensa o ventaja de otro tipo, incluidos servicios.

[a] Nigel Dudley, ed., *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas* (Gland (Suiza), Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 2008), pág. 10.

[b] Existen diferentes definiciones de mineral y de metal. A efectos de la presente guía, los metales se incluyen en la categoría de recursos minerales.

[c] Los metales y minerales pueden tener diferentes niveles de pureza.

[d] Adaptación de la Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 2 *a)*.

[e] *Ibid*., art. 2 *b)*.

Capítulo 3.

DELITOS Y RESPONSABILIDAD

El capítulo 3 se refiere a la tipificación como delitos de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Comienza con un análisis general de los elementos de los delitos y luego se divide en cuatro secciones. La sección A recoge los delitos relacionados con la exploración y la explotación de los minerales, incluidos la minería ilegal, los delitos relacionados con las áreas protegidas y los delitos relacionados con el equipo, los artefactos y las sustancias químicas prohibidos y regulados. La sección B abarca los delitos relacionados con la posesión y el tráfico. La sección C contiene orientaciones legislativas sobre el fraude documental en relación con la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, y la sección D se refiere a los delitos accesorios, como la participación en un grupo delictivo organizado, la corrupción, el blanqueo de dinero y la obstrucción de la justicia. El capítulo termina con un análisis y disposiciones legislativas modelo sobre la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad de las personas jurídicas.

Las disposiciones modelo que figuran en el presente capítulo no establecen la pena aplicable a cada delito. Cada Estado deberá determinar las sanciones adecuadas, de conformidad con su ordenamiento y su cultura jurídicos. En la mayoría de los delitos, será apropiada la responsabilidad penal. En algunos casos, los Estados tal vez deseen optar por la responsabilidad civil o administrativa. Algunos Estados pueden decidir incluir la sanción aplicable a cada conducta dentro de la disposición que la tipifica como delito. Otros tal vez decidan establecer las sanciones aplicables a cada delito en una disposición especial sobre sanciones, separada de los propios delitos.

ELEMENTOS DE LOS DELITOS

Todas las leyes que tipifican delitos establecen determinadas condiciones de aplicación general, cuyo cumplimiento hará que una persona pueda recibir determinada pena o sanción. Esas condiciones, que son los elementos constitutivos de un delito, se denominan los elementos del delito. En general, aunque la terminología exacta puede variar entre ordenamientos jurídicos, los delitos pueden tener dos tipos de elementos: elementos materiales/objetivos y elementos psicológicos.

Los elementos materiales u objetivos de un delito (también conocidos como *actus reus* en relación con las infracciones penales) se refieren a los actos que la persona acusada ha cometido realmente, y pueden incluir la conducta (actos u omisiones), las consecuencias de la conducta y las circunstancias especiales relacionadas con ella. Para que no sea arbitraria, la responsabilidad debe basarse en la conducta de una persona.

Los elementos psicológicos o subjetivos de un delito (también conocidos como *mens rea* en relación con las infracciones penales) se refieren al estado mental del acusado en el momento de cometer el delito. En el caso de las infracciones penales, por lo general se exige que se demuestre que hay un elemento psicológico por cada elemento material/objetivo del delito.

Los tipos de estados mentales reconocidos en el derecho penal de distintos Estados y los términos utilizados para describirlos varían considerablemente. Esas diferencias en la terminología y en las normas jurídicas subyacentes hacen que sea difícil generalizar sobre los elementos subjetivos en todo el espectro de tradiciones y ordenamientos jurídicos. Sin embargo, puede decirse que los elementos subjetivos varían generalmente según el grado de intención o de conocimiento de los hechos, las probabilidades y los riesgos que tuviera la persona en cuestión o, en algunas circunstancias, de lo que debería haber sabido. Los elementos subjetivos pueden ordenarse en una escala en función del grado de culpa que implican. Los elementos de intención y conocimiento están en el extremo superior de la escala, mientras que los elementos de negligencia están más abajo. En la parte inferior de la escala se encuentran los delitos de responsabilidad objetiva que no requieren que se demuestre la existencia de ningún elemento subjetivo. En general, las infracciones a las que se aplican sanciones más severas requerirán que se demuestre la existencia de elementos subjetivos más estrictos. En consecuencia, las infracciones penales suelen tener requisitos más estrictos que las civiles o las administrativas.

A menos que se especifique otra cosa, la presente guía contempla que se debe demostrar la existencia de un elemento subjetivo o de elementos subjetivos equivalentes a la intención o, en algunas jurisdicciones, el conocimiento para declarar a alguien culpable de los delitos que figuran en la guía. Puesto que la forma de referirse a los elementos subjetivos puede variar de un país a otro en función de las tradiciones jurídicas, la guía no adopta ninguna postura sobre las palabras que deberían utilizar los Estados para establecer el requisito de demostrar el estado mental requerido. Eso se refleja en la redacción de las disposiciones legislativas modelo, en que la expresión "con el estado mental requerido" figura entre corchetes para hacer hincapié en que quienes redactan los textos legislativos tienen la opción de utilizarla.

Los Estados pueden considerar la posibilidad de adoptar medidas más estrictas y pueden permitir que para declarar a alguien culpable baste con demostrar la existencia de elementos subjetivos menos estrictos. Esos elementos subjetivos menos estrictos podrían ser actuar con imprudencia o negligencia. Al fijar elementos subjetivos requeridos menos estrictos para un delito se facilitan las condenas, pero los Estados deben rebajar el umbral con cautela, pues eso podría afectar a los derechos de los acusados. Además, en algunos ordenamientos jurídicos es inadmisible suprimir los elementos subjetivos requeridos para tipificar delitos de responsabilidad objetiva, salvo en circunstancias limitadas. Siempre se deben tener debidamente en cuenta los derechos de los acusados en el proceso de redacción de la legislación, en particular al determinar los elementos subjetivos requeridos para los delitos que contempla la guía. Algunos Estados tal vez deseen reservar los elementos subjetivos menos estrictos para las infracciones civiles y administrativas.

A. DELITOS RELACIONADOS CON LA EXPLORACIÓN Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS MINERALES

Minería ilegal

En la disposición modelo 4 se tipifica como delito la minería ilegal con el estado mental requerido. La disposición se concentra en la penalización de cualquier actividad minera, ya se trate de la prospección, la exploración o la explotación intencional de minerales, que se realice al margen de la ley.

DISPOSICIÓN MODELO 4
MINERÍA ILEGAL

Quien [con el estado mental requerido] realice cualquier actividad minera para extraer un recurso mineral [enumerado en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) correspondiente(s)*]]:

a) sin autorización legal en los casos en que la exija la ley;

b) sin [un/a [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] concedido/a] por [*introdúzcanse las autoridades competentes*];

c) contraviniendo las condiciones de [dicha/o [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]]; o

d) de una manera que contravenga de otro modo [*introdúzcase una referencia a la legislación pertinente*];

estará cometiendo un delito.

Los Estados tal vez deseen tipificar varios delitos similares al que figura en la disposición modelo 4, con diferentes grados de gravedad según factores como el tipo de mineral extraído y la gravedad de la conducta del infractor.

Una manera en que quienes redactan los textos legislativos pueden asegurarse de que las sanciones impuestas por cometer de manera intencional delitos de minería ilegal sean proporcionales a las circunstancias de cada caso es tipificar diferentes tipos de delitos. Otra es dotar al poder judicial de la discreción adecuada para determinar las sanciones apropiadas.

EJEMPLO NACIONAL

ECUADOR: LEY DE MINERÍA DE 2009, MODIFICADA EN 2020

Artículo 56. Explotación ilegal de minerales

Incurrirán en explotación ilegal de sustancias minerales quienes realicen las operaciones, trabajos y labores de minería en cualquiera de sus fases sin título alguno para ello o sin el permiso legal correspondiente.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: CÓDIGO DE MINAS DE 2001

Artículo 159. Exploración y explotación ilícita

La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1100, QUE REGULA LA INTERDICCIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL EN TODA LA REPÚBLICA Y ESTABLECE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS, MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1451

Artículo 3. Minería ilegal

Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, que realiza sin contar con la autorización de la autoridad administrativa competente o sin encontrarse dentro del proceso de formalización minera integral impulsado por el Estado. Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido su ejercicio se considera ilegal.

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA POPULAR LAO: LEY DE MINERALES, VERSIÓN MODIFICADA DE 2017

Artículo 108 (modificado). Prohibiciones generales

Se prohíbe a las personas físicas o jurídicas y a las organizaciones hacer lo siguiente:

1. la destrucción de un yacimiento de minerales mediante su invasión, la extracción de minerales, el barequeo u otras actividades que contravengan las leyes y los reglamentos;

2. la extracción, la comercialización, la explotación o la recuperación de los minerales sin permiso;

[…]

5. la utilización de la violencia o la mención del nombre de otra persona para intimidar a funcionarios, inspectores de minas o inversionistas;

[…]

Artículo 110 (modificado). Prohibiciones para los inversionistas

Se prohíbe a los inversionistas nacionales y extranjeros lo siguiente:

1. la prospección, la exploración, la extracción y el procesamiento de minerales en zonas reservadas para bosques y bosques protegidos, lugares turísticos naturales y zonas históricas y culturales;

2. la prospección, la exploración, la extracción y el procesamiento de minerales, o su comercialización, sin autorización;

3. la prospección, la exploración, la extracción y el procesamiento de minerales no especificados en el plan de trabajo aprobado, o la realización de actividades mineras fuera de las zonas autorizadas;

4. la invasión, la destrucción o la damnificación de los yacimientos minerales y las minas;

5. el desplazamiento, el cambio de posición o la destrucción de los mojones que delimitan las zonas de concesión;

6. la importación de mano de obra, vehículos, maquinaria y equipo extranjeros para una operación minera sin permiso;

[…]

12. la utilización de la violencia o la mención del nombre de otra persona para intimidar a funcionarios, a inspectores de minas o a la población;

[…]

Pueden ser necesarias disposiciones adicionales en el contexto del Proceso de Kimberley, que exige a los Estados participantes que cumplan una lista de requisitos mínimos para controlar la producción y el comercio de diamantes en bruto.

EL PROCESO DE KIMBERLEY

La movilización sin precedentes de los Gobiernos, la industria del diamante, los grupos de la sociedad civil y el Consejo de Seguridad a finales de la década de 1990 dio lugar a la creación del Proceso de Kimberley en 2003 como estrategia para frenar el flujo de diamantes conflictivos.

El Sistema de Certificación del Proceso de Kimberley para los Diamantes en Bruto establece normas estrictas para que los Estados participantes certifiquen las remesas de diamantes en bruto como "no conflictivas" y mantengan los diamantes conflictivos fuera del comercio legítimo. Por ejemplo, el Sistema de Certificación exige que las remesas de diamantes en bruto destinadas a la exportación vayan acompañadas de un certificado del Proceso de Kimberley y que los procedimientos para expedir certificados estén en conformidad con los requisitos mínimos de dicho Proceso (por ejemplo, la descripción de la remesa, incluido el número único con el código alfa-2 del país según la norma ISO 3166-1 de la Organización Internacional de Normalización (ISO); los requisitos relativos a la traducción y la detección de falsificaciones; y las características pertinentes según el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías)[a].

Los Estados participantes también deben establecer un sistema de controles internos para que las remesas de diamantes en bruto importados a su territorio o exportados de este no incluyan diamantes de zonas en conflicto; designar una autoridad (o autoridades) importadora y exportadora; y promulgar leyes o reglamentaciones apropiadas para aplicar y hacer cumplir el sistema de certificación, o enmendar las vigentes, y establecer sanciones disuasivas y proporcionales para las transgresiones[b]. Los Estados participantes también deben recoger y mantener datos oficiales pertinentes sobre la producción, las importaciones y las exportaciones de diamantes; y cumplir los requisitos de cooperación y transparencia, como el de intercambiar experiencias y las mejores prácticas[c].

Cualquier Estado puede pasar a participar en el Proceso de Kimberley. Este, que cuenta con 56 participantes de 82 países, entre los cuales la Unión Europea y sus Estados miembros figuran como un solo participante, abarca alrededor del 99,8 % de la producción mundial de diamantes en bruto. También participan en él el Consejo Mundial del Diamante, que representa a la industria del diamante, y organizaciones de la sociedad civil, como Partnership Africa Canada, los cuales han desempeñado una función importante desde su creación.

[a] *Kimberley Process Certification Scheme Core Document,* anexo I.
[b] *Ibid.*, secc. IV.
[c] *Ibid.*, secc. V.

EJEMPLO NACIONAL

CÔTE D'IVOIRE: CÓDIGO MINERO DE 2014

Artículo 100. La producción, la posesión, el transporte, la comercialización y el procesamiento de diamantes en bruto, así como todas las transacciones relacionadas con ellos, están sujetos a las condiciones del Sistema de Certificación del Proceso de Kimberley.

Delitos relacionados con equipo, artefactos y sustancias químicas prohibidos y regulados

En la minería ilegal se suelen usar equipo, artefactos (por ejemplo, dragas) y sustancias químicas (por ejemplo, mercurio para extraer el oro del mineral en un proceso de amalgamación y destilación) peligrosos y nocivos[82]. Se aconseja a los Estados que introduzcan disposiciones que tipifiquen como delito el uso de equipo, artefactos y sustancias químicas perjudiciales para el medio ambiente, y que reduzcan gradualmente la dependencia de los mineros de ese equipo, esos artefactos y esas sustancias químicas[83]. Los mineros deben disponer de equipo, artefactos y sustancias químicas alternativos. Si eso no se logra, es probable que el enfoque de la penalización sea contraproducente y solo consiga llevar a los mineros aún más a la informalidad y, en última instancia, volverlos más vulnerables y más dependientes de las fuentes de suministro ilícitas[84].

En la disposición modelo 5 se tipifica como delito la utilización de equipo, artefactos o sustancias químicas prohibidos o regulados en la extracción o el procesamiento de minerales. Al igual que ocurre con otros tipos de licencias, permisos o certificados mencionados en la presente guía, cada Estado debe determinar las circunstancias en que se puede conceder una licencia, un permiso o un certificado para utilizar equipo, artefactos o sustancias químicas regulados. No se expedirán licencias, permisos ni certificados para utilizar equipo, artefactos o sustancias químicas prohibidos, por lo que la exención a esta disposición modelo relativa a los titulares de licencias, permisos o certificados válidos nunca podría darse en este último caso.

DISPOSICIÓN MODELO 5

DELITOS RELACIONADOS CON EQUIPOS, ARTEFACTOS Y SUSTANCIAS QUÍMICAS

Quien, [con el estado mental requerido,] para los fines de cualquier actividad minera, utilice cualquier equipo, artefacto o sustancia química [que figure en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) pertinente(s) de equipo, artefactos y sustancias químicas prohibidos o regulados*]]:

a) sin autorización legal en los casos en que la exija la ley;

b) sin [un/a [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] concedido/a] por [*introdúzcanse las autoridades competentes*];

c) contraviniendo las condiciones de [dicha/o [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]]; o

d) de una manera que contravenga de otro modo [*introdúzcase una referencia a la legislación pertinente*];

estará cometiendo un delito.

Los Estados tal vez deseen tipificar varios delitos similares al que figura en la disposición modelo 5, cada uno de ellos relativo a diferentes tipos de equipo, artefactos o sustancias químicas y con diferentes penas máximas, según corresponda. Un Estado también podría tipificar como delito por separado el uso de determinados tipos de equipo, artefactos o sustancias químicas para reflejar el peligro que suponen para el medio ambiente.

[82] Si se desea más información sobre la contaminación por mercurio, véanse Louisa J. Esdaile y Justin M. Chalker, "The mercury problem in artisanal and small-scale gold mining", *Chemistry: A European Journal*, vol. 24, núm. 27 (mayo de 2018), págs. 6905 a 6916; J. Mantey *et al.*, "Mercury contamination of soil and water media from different illegal artisanal small-scale gold mining operations (galamsey)", *Heliyon*, vol. 6, núm. 6, art. núm. e04312 (junio de 2020); y Abdourahamane Tankari Dan-Badjo *et al.*, "Impacts of artisanal gold mining on soil, water and plant contamination by trace elements at Komabangou, Western Niger", *Journal of Geochemical Exploration*, vol. 205, art. núm. 106328 (2019).

[83] Para un análisis de las alternativas sin mercurio, véase PNUMA, Asociación Mundial sobre el Mercurio y Artisanal Gold Council, *Reducing Mercury Use in Artisanal and Small-Scale Gold Mining: A Practical Guide* (Nairobi, 2012).

[84] Por ejemplo, la Ley 1658 de 2013 de Colombia vedó el uso de mercurio en la minería, pero otorgó un período de transición de cinco años antes de prohibir por completo su uso, lo que permitió a los mineros desarrollar soluciones alternativas y adquirir tecnologías sin mercurio para extraer oro. Véase OEA, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, *Tras el dinero del oro ilícito: el caso de Colombia*, pág. 10.

Una vez más, los Estados podrían utilizar varias listas para clasificar el equipo, los artefactos y las sustancias químicas de esas diversas maneras.

La disposición modelo 5 se refiere únicamente a la utilización de determinados tipos de equipo, artefactos y sustancias químicas en la extracción de recursos minerales. Los Estados también pueden optar por tipificar también como delitos la adquisición, la posesión o la comercialización de determinado equipo, artefactos o sustancias químicas sin licencia, permiso o certificado, así como en otras circunstancias. Esas disposiciones podrían abarcar, por ejemplo, la posesión de determinados artefactos explosivos o de mercurio, así como especificar los distribuidores o comerciantes autorizados, si procede.

El apartado *d)* de la disposición modelo 5 ofrece la opción de incluir el derecho internacional respecto a los delitos relacionados con equipo, artefactos y sustancias químicas. Eso se hace con el fin de reconocer el compromiso de los Estados con el Convenio de Minamata, cuyo objetivo es proteger la salud humana y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones antropógenas de mercurio y compuestos de mercurio. No obstante, el apartado también podría aplicarse a los compromisos vinculantes contraídos por el Estado en virtud de otros instrumentos jurídicos internacionales.

EJEMPLO NACIONAL

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: LEYES DE NUEVO MÉXICO DE 2014

30-30-1. Posesión ilegal de mercurio

La posesión ilegal de mercurio consiste en poseer más de una libra (0,454 kg) de mercurio sin poseer también una factura de buena fe u otro instrumento por escrito relativo al mercurio que se posee que indique el nombre y la dirección del vendedor, el nombre y la dirección del comprador, la fecha de la venta, la cantidad vendida y el precio pagado por ella; sin embargo, esta sección no será aplicable a ninguna persona que se dedique a la minería o al procesamiento de mercurio ni a ninguna persona que utilice el mercurio como parte indisociable de una herramienta, instrumento o artefacto en su negocio, ni a ningún agente de la ley en el desempeño de sus funciones.

Toda aquella persona que cometa posesión ilegal de mercurio será considerada culpable de un delito de cuarto grado.

EJEMPLO NACIONAL

GHANA: LEY DE MINERALES Y MINERÍA DE 2006, MODIFICADA EN 2019

Uso de explosivos

95. Los mineros en pequeña escala no podrán utilizar explosivos en la zona de operación sin el permiso escrito del/de la Ministro/a por recomendación de la Comisión.

Compra de mercurio

96. Los mineros en pequeña escala pueden comprar a un distribuidor autorizado de mercurio las cantidades de mercurio que puedan necesitar razonablemente para sus operaciones mineras.

EJEMPLO NACIONAL

CÔTE D'IVOIRE: CÓDIGO MINERO DE 2014

Artículo 68. Queda prohibida la utilización de sustancias explosivas y productos químicos en las operaciones no industriales.

EJEMPLO NACIONAL

MALÍ: CÓDIGO DE MINERÍA DE 2019

Artículo 50. La lista de equipos y materiales que pueden utilizarse para la minería artesanal será establecida en virtud del decreto de aplicación del presente Código.

Se prohíbe la utilización de explosivos y sustancias químicas peligrosas, como el cianuro, el mercurio y los ácidos, en las actividades mineras artesanales. […]

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1100, QUE REGULA LA INTERDICCIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL EN TODA LA REPÚBLICA Y ESTABLECE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Artículo 5. Prohibiciones

Prohíbase en el ámbito de la pequeña minería y minería artesanal lo siguiente:

5.1. El uso de dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales.

Entiéndase por artefactos similares a los siguientes:

a) las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales;

b) draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras;

c) otros que cuentan con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta;

d) cualquier otro artefacto que ocasione efecto o daño similar.

5.2. Los bienes, maquinarias, equipos e insumos utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales, tales como el uso de cargador frontal, retroexcavadora, volquete, compresoras y perforadoras neumáticas, camión cisterna que proveen combustible o agua y otros equipos que sin perjuicio de su potencia, tamaño, volumen o capacidad de carga estén destinados al mismo fin.

5.3. La instalación y uso de chutes, quimbaletes, molinos y pozas de cianuración para el procesamiento de mineral, motobombas y otros equipos, sin perjuicio de su potencia, tamaño, volumen o capacidad de carga, y que se utilizan en el desarrollo de actividades mineras ilegales. […]

Delitos relacionados con la minería en áreas protegidas y en tierras indígenas

El término "área protegida" puede abarcar un amplio abanico de áreas, como parques nacionales, refugios de especies silvestres, reservas de biosfera, bosques reservados y protegidos, reservas de conservación y comunitarias, bosques comunales, etc.[85]. Desde el punto de vista de la conservación, hay un temor creciente a que la minería ilegal, en particular cuando está aparentemente vinculada a grupos delictivos organizados, tenga consecuencias negativas irreversibles para esas áreas. Se aconseja a los Estados que tipifiquen como delitos especiales las actividades de minería ilegal realizadas dentro y en las proximidades de las áreas protegidas designadas. Los Estados también pueden restringir la explotación minera en zonas concretas, como las tierras indígenas y las zonas en que se encuentran elementos de la infraestructura crítica (por ejemplo, puentes, vías férreas, etc.) o las proximidades de zonas de importancia pública (por ejemplo, determinados edificios públicos y privados, cementerios, etc.).

Cada Estado deberá definir sus áreas protegidas. Se aconseja a los Estados que adopten un proceso participativo e interactúen con las partes interesadas nacionales e internacionales pertinentes para establecer, delimitar, clasificar y desclasificar sus áreas protegidas.

Los Estados deberían aprovechar los materiales internacionales existentes sobre áreas protegidas, como las categorías de áreas protegidas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)[86], al elaborar sus propias clasificaciones. Asimismo, pueden estudiar la posibilidad de establecer zonas de amortiguación alrededor de las áreas protegidas para garantizar un mayor nivel de eficacia en la conservación.

CATEGORÍAS DE ÁREAS PROTEGIDAS DE LA UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA

- Categoría I a: Reserva natural estricta
- Categoría I b: Área silvestre
- Categoría II: Parque nacional
- Categoría III: Monumento o característica natural
- Categoría IV: Área de gestión de hábitats o especies
- Categoría V: Paisaje terrestre/marino protegido
- Categoría VI: Área protegida con uso sostenible de recursos naturales

La UICN recomienda que se prohíba por ley toda exploración y extracción de recursos minerales en áreas protegidas correspondientes a las categorías I a IV de la UICN, y que se haga una evaluación exhaustiva del impacto ambiental de los proyectos que se realicen en áreas de las categorías V y VI[87].

En la disposición modelo 6, que figura a continuación, se tipifican como delitos dos categorías de conductas dentro de las áreas protegidas. En el párrafo 1 se tipifica como delito la posesión de equipo, artefactos y sustancias químicas prohibidos o regulados en un área protegida. Los Estados deben velar por que esas disposiciones estén armonizadas con otras leyes aplicables y por que se aclare la relación entre las distintas leyes. Los Estados pueden optar por prohibir la posesión y el uso de determinados tipos de equipo, artefactos

[85] Barbara Lausche y Françoise Burhenne, *Directrices para la legislación relativa a áreas protegidas*, Serie de Política y Derecho Ambiental de la UICN, núm. 81 (Gland (Suiza), Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza 2011), pág. 14.

[86] Se puede consultar más información sobre las categorías de áreas protegidas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza en **https://www.iucn.org/es**.

[87] Una evaluación de las repercusiones ambientales de un plan, una política, un programa o un proyecto antes de tomar una decisión sobre si proceder o no con la actividad prevista. Si se desea información más detallada sobre las evaluaciones del impacto ambiental, véanse PNUMA, *Assessing Environmental Impacts: A Global Review of Legislation* (Nairobi, 2018), y la recomendación 2.82, titulada "Protección y conservación de la diversidad biológica de las áreas protegidas cara a los efectos negativos de la exploración y extracción minera", aprobada en el Congreso Mundial de la Naturaleza celebrado en Ammán del 4 al 11 de octubre de 2000.

y sustancias químicas en las áreas protegidas designadas, de conformidad con listas concretas. El alcance del equipo, los artefactos y las sustancias químicas cuyo uso está prohibido dentro de un área protegida puede ser más amplio que el del equipo, los artefactos y las sustancias químicas cuyo uso está prohibido en áreas no protegidas, y las sanciones aplicables a las infracciones en el primer caso pueden ser más severas.

En el párrafo 2 se establece la responsabilidad por la realización de cualquier actividad de extracción de un recurso mineral en un área protegida. Como ocurre con los demás delitos que figuran en la presente guía, cada Estado deberá determinar las circunstancias en que la conducta estará dentro del ámbito de la autorización legal y aquellas en que se puede otorgar una licencia, un permiso o un certificado previa solicitud.

DISPOSICIÓN MODELO 6
DELITOS RELACIONADOS CON LAS ÁREAS PROTEGIDAS

1. Quien [con el estado mental requerido] posea un artefacto, sustancia química o equipo de los que figuran en [*introdúzcanse las listas pertinentes de equipo, artefactos y sustancias químicas prohibidos y regulados*] en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) pertinente(s) de áreas protegidas*]:

a) sin autorización legal en los casos en que la exija la ley;

b) sin [un/a [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] concedido/a] por [*introdúzcanse las autoridades competentes*];

c) contraviniendo las condiciones de [dicha/o [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]]; o

d) de una manera que contravenga de otro modo [*introdúzcase una referencia a la legislación pertinente*];

estará cometiendo un delito.

2. Quien [con el estado mental requerido] realice cualquier actividad de extracción de un recurso mineral de los que figuran en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) pertinente(s) de recursos minerales*] en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) pertinente(s) de áreas protegidas*]:

a) sin autorización legal en los casos en que la exija la ley;

b) sin [un/a [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] concedido/a] por [*introdúzcanse las autoridades competentes*];

c) contraviniendo las condiciones de [dicha/o [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]]; o

d) de una manera que contravenga de otro modo [*introdúzcase una referencia a la legislación pertinente*];

estará cometiendo un delito.

EJEMPLO NACIONAL

FILIPINAS: LEY DE MINERÍA DE 1995

Artículo 19. Zonas cerradas a las solicitudes para realizar actividades mineras

No se aceptarán las solicitudes de acuerdos mineros o para la prestación de asistencia financiera o técnica:

a) en las reservas militares y otras reservas del Gobierno, salvo previa autorización por escrito del organismo público correspondiente;

b) cerca o debajo de edificios públicos o privados, cementerios, excavaciones arqueológicas y lugares históricos, puentes, autovías, vías fluviales, ferrocarriles, embalses, presas u otros proyectos de infraestructura,

obras públicas o privadas, incluidas las plantaciones o los cultivos valiosos, salvo previo consentimiento por escrito del organismo público o la entidad privada correspondiente;

c) en zonas a las que se aplican derechos sobre los yacimientos de minerales válidos y existentes;

d) en zonas en que la ley lo prohíba expresamente;

e) en zonas abarcadas por los mineros en pequeña escala según la definición que figura en la ley, a menos que se cuente con el consentimiento previo de dichos mineros, en cuyo caso las partes acordarán la suma pagadera en concepto de canon cuando se utilicen los minerales, la cual formará parte de un fondo fiduciario para el desarrollo socioeconómico de la comunidad en cuestión; y

f) en bosques de edad madura o vírgenes, cuencas hidrográficas proclamadas reservas forestales, áreas silvestres, bosques de manglares, bosques musgosos, parques nacionales, bosques provinciales/municipales, parques, cinturones verdes, refugios de animales de caza y de aves según la definición que figura en la ley, y en zonas en que está prohibido expresamente en virtud del Sistema Nacional Integrado de Áreas Protegidas (NIPAS) de conformidad con la Ley de la República Núm. 7586, la Orden Administrativa Departamental Núm. 25, serie de 1992, y otras leyes.

Las tierras indígenas pueden ser tratadas como áreas protegidas en el contexto de la minería ilegal. Los Gobiernos deberían incorporar la tenencia y el uso de los recursos consuetudinarios e indígenas, e implantar sistemas de control como forma de mejorar la protección frente a las prácticas mineras ilegales en las tierras indígenas. En esos contextos, las comunidades indígenas deben ser reconocidas como asociados legítimos e iguales en la elaboración y aplicación de las leyes que afectan a sus tierras.

EJEMPLO NACIONAL

GUYANA: LEY AMERINDIA DE 2006

2. En la presente ley:

Se entenderá por "amerindio" toda persona ciudadana de Guyana que:

a) pertenezca a cualquiera de los pueblos nativos o aborígenes de Guyana; o

b) descienda de cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo *a)*; […]

Se entenderá por "aldea o aldea amerindia" un grupo de amerindios que ocupan o utilizan las tierras de una aldea;

Se entenderá por "tierras de una aldea" las tierras que son propiedad comunitaria de una aldea en virtud de un título concedido a un consejo de aldea para que las posea en beneficio de dicha aldea;

[…]

48. 1) Los mineros que deseen llevar a cabo actividades mineras en las tierras de una aldea o en cualquier río, riachuelo, arroyo u otra fuente de agua que se encuentre dentro de los límites de las tierras de una aldea deberán hacer lo siguiente:

a) obtener todos los permisos necesarios y cumplir los requisitos que figuran en las leyes escritas aplicables;

b) poner a disposición de la aldea toda la información que solicite razonablemente el consejo de la aldea o la aldea;

c) entregar al consejo de la aldea un resumen escrito de las actividades mineras propuestas […];

d) satisfacer cualquier consulta que plantee el consejo de la aldea o la aldea;

e) negociar con el consejo de la aldea, que actuará en nombre de la aldea, de buena fe, todas las cuestiones pertinentes;

GUYANA: LEY AMERINDIA DE 2006 [*continuación*]

f) con sujeción de lo dispuesto en el artículo 51, llegar a un acuerdo con el consejo de la aldea sobre la cuantía del tributo que debe pagarse; y

g) obtener el consentimiento de al menos dos tercios de las personas presentes y votantes en una asamblea general de la aldea.

2) La Comisión de Geología y Minas de Guyana podrá facilitar las consultas que se celebren en virtud del apartado 1), pero no podrá participar en ninguna negociación.

[…]

B. DELITOS RELACIONADOS CON LA POSESIÓN Y EL TRÁFICO

Posesión ilegal

Se recomienda que los Estados tipifiquen como delitos conductas relacionadas con la posesión y el tráfico de metales y minerales de origen ilícito. En este contexto, los Estados deberían tener en cuenta las vulnerabilidades de quienes se dedican a la minería artesanal y en pequeña escala y el derecho de los pueblos indígenas y de las comunidades locales a poseer y comercializar los minerales que extraigan de sus tierras con fines de subsistencia, según corresponda. De no hacerlo, podrían ponerse en peligro los medios de vida de grupos vulnerables.

La disposición modelo 7 contempla el delito de posesión de metales o minerales de origen ilícito con el fin de comercializarlos. Se refiere a la posesión de un metal o mineral de manera que contravenga la legislación del Estado. También contribuye a la aplicación del artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, relativo a la penalización del blanqueo del producto del delito, que es aplicable a las situaciones en que los delincuentes abusan del comercio de metales y minerales para blanquear el producto no solo de la minería ilegal, sino también de los estupefacientes, la corrupción y otros delitos. El fundamento de la disposición modelo es evitar la proliferación de los mercados ilícitos haciendo que la responsabilidad recaiga en quienes adquieren bienes ilícitos, de modo que lo que se hace es prevenir la demanda.

DISPOSICIÓN MODELO 7

POSESIÓN DE UN METAL O MINERAL EXTRAÍDO, TOMADO, POSEÍDO, DISTRIBUIDO, TRANSPORTADO, COMPRADO O VENDIDO ILEGALMENTE

Quien [con el estado mental requerido] posea cualquier metal o mineral extraído, tomado, poseído, distribuido, transportado, comprado o vendido de manera que contravenga [la presente ley/el presente capítulo/…], sabiendo en el momento de recibirlo que el metal o mineral ha sido extraído, tomado, poseído, distribuido, transportado, comprado o vendido de manera que contraviene [la presente ley/el presente capítulo/…], estará cometiendo un delito.

En el caso del delito que abarca la disposición modelo 7, hay dos elementos subjetivos. Para ser declarados culpables de este delito, los acusados deben tener el estado mental requerido (por ejemplo, conocimiento) en lo que respecta a la posesión del tipo de metal o mineral correspondiente de manera que contravenga las leyes del Estado en materia de minería. Además del elemento subjetivo relativo a la posesión, se indica también el elemento subjetivo expreso de saber que el metal o mineral se extrajo, tomó, poseyó, distribuyó, transportó, compró o vendió de manera que contraviene las leyes del Estado en materia de minería.

Los Estados deberían dirimir si el término "poseer" abarca la autorización para que terceros posean el metal o mineral en nombre de la persona. Asimismo, los Estados deberían estudiar si hay circunstancias en que se debería responder a la posesión con fines de consumo personal mediante la incautación, la confiscación/el decomiso, multas administrativas u otras medidas, en lugar de la responsabilidad penal.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1106 DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS A LA MINERÍA ILEGAL Y EL CRIMEN ORGANIZADO, MODIFICADO POR LA LEY Nº 31178

Artículo 2. Actos de ocultamiento y tenencia

El que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de cinco a veinte años de conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Tráfico de metales y minerales

La tipificación como delito del tráfico nacional y transfronterizo es un componente esencial de toda ley penal dirigida a combatir la minería ilegal. La disposición modelo 8, que figura a continuación, contiene dos delitos de tráfico: uno básico y una adición opcional que establece una norma más estricta para la penalización.

El término "tráfico" puede interpretarse de manera distinta en diferentes ordenamientos jurídicos y en diferentes contextos. El párrafo 1 aborda de forma amplia los actos incluidos en el delito de tráfico de metales y minerales y abarca los siguientes:

> la importación, la exportación, la reexportación, el envío, la expedición en tránsito, la distribución, el corretaje, la oferta, la tenencia para la oferta, la comercialización, el procesamiento, la compra, la venta, el suministro, el almacenamiento o el transporte de un metal o mineral, en forma natural, procesada o manufacturada.

En el párrafo 1 se especifican los actos constitutivos de tráfico, incluidos los realizados sin autorización legal o sin licencia, permiso o certificado, o incumpliendo las condiciones de la licencia, el permiso o el certificado correspondiente. Las condiciones para la concesión de la autorización legal o de una licencia, un permiso o un certificado pueden establecerse en otras disposiciones de la misma ley o en una ley diferente. Respecto al apartado 1 *d)*, las instancias legisladoras pueden definir el tráfico como actos concretos que infrinjan la ley en cuestión, una ley o un reglamento concretos, o disposiciones específicas de una ley o un reglamento concretos.

En el párrafo 2 se tipifica como delito el tráfico de metales y minerales. Este párrafo debe interpretarse junto con el párrafo 1, en que se define el delito de tráfico. Además del delito básico de tráfico, la guía también ofrece una opción más estricta para tipificar como delito el tráfico de metales y minerales, en forma de adición opcional. Esta sirve para penalizar la importación de metales y minerales, en forma natural, procesada o manufacturada, a sabiendas de que esos metales y minerales fueron obtenidos ilegalmente de otro país o exportados ilegalmente desde otro país. Cabe hacer hincapié en que este enfoque no exige ni implica que el Estado aplique leyes extranjeras, sino que la legislación extranjera aplicable es la que determina la ilegalidad de los metales o minerales en cuestión y hace que su importación sea ilegal según el derecho interno. El objetivo de contemplar este delito es proteger el mercado nacional frente a la entrada de contrabando.

DISPOSICIÓN MODELO 8
TRÁFICO DE METALES Y MINERALES

1. A los efectos de [la presente ley/el presente capítulo/…], por "tráfico" se entiende la importación, la exportación, la reexportación, el envío, la expedición en tránsito, la distribución, el corretaje, la oferta, la tenencia para la oferta, la comercialización, el procesamiento, la compra, la venta, el suministro, el almacenamiento o el transporte de un metal o mineral, en forma natural, procesada o manufacturada,

a) sin autorización legal en los casos en que la exija la ley;

b) sin [un/a [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] concedido/a] por [*introdúzcanse las autoridades competentes*];

c) contraviniendo las condiciones de [dicha/o [*introdúzcase el término correspondiente a la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]]; o

d) de una manera que contravenga de otro modo [*introdúzcase una referencia a la legislación pertinente*].

2. Quien [intencionalmente/con el estado mental requerido] trafique con cualquier metal o mineral [de los que figuran en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) correspondiente(s)*]] estará cometiendo un delito.

Adición opcional

Quien [intencionalmente/con el estado mental requerido] importe cualquier metal o mineral [de los que figuran en [*introdúzca(n)se la(s) lista(s) correspondiente(s)*]], en forma natural, procesada o manufacturada, a sabiendas de que fue obtenido ilegalmente de otro país o exportado ilegalmente desde otro país, estará cometiendo un delito.

Los Estados pueden optar por tipificar por separado el delito de tráfico de metales y minerales preciosos y de imponer en la disposición correspondiente sanciones apropiadas que tengan en cuenta las características específicas de cada caso, incluidas sanciones máximas más estrictas, cuando proceda. Los Estados pueden mejorar la legislación a tal fin tipificando un único delito, pero incluyendo una sanción más severa, o bien utilizando las listas e imponiendo sanciones distintas para diferentes listas.

Además de tipificar como delito el tráfico de metales y minerales, los Estados deberían considerar la posibilidad de tipificar como delito el tráfico de equipo, artefactos y sustancias químicas que pudieran utilizarse en actividades mineras ilegales. También cabe señalar que, de conformidad con el enfoque adoptado en la disposición modelo 8, no se exige que el tráfico implique un movimiento transfronterizo. Aunque algunos de los actos constitutivos de delito pueden implicar un movimiento transfronterizo (por ejemplo, la importación y la exportación), no es necesario que la infracción implique un movimiento transfronterizo en todos los casos.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: CÓDIGO DE MINAS DE 2001

Artículo 160. Aprovechamiento ilícito

El aprovechamiento ilícito de recursos mineros consiste en el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero. En estos casos el agente será penalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código Penal, exceptuando lo previsto en este Código para la minería de barequeo.

EJEMPLO NACIONAL

GHANA: LEY DE MINERALES Y MINERÍA DE 2006, MODIFICADA EN 2019

Delitos y sanciones

99. 1) Quien compre o venda minerales sin: *a)* una licencia de conformidad con los artículos 6, 82, 97 o 104; o *b)* una autorización válida concedida en virtud de la presente ley o de cualquier otra; estará cometiendo un delito y podrá ser condenado en procedimiento sumario a una multa de no menos de 10.000 unidades de pena y no más de 15.000 unidades de pena, y a una pena de prisión de no menos de 15 años y no más de 25 años.

Licencia para comprar y comercializar minerales

104. Sin limitar el efecto de una ley que faculte a una persona u organismo a comprar y comercializar un mineral, el/la Ministro/a, en consulta con la Comisión [de Minerales], puede, por escrito, otorgar una licencia a las personas que considere adecuadas para comprar y comercializar los tipos y formas de minerales especificados en la licencia en las condiciones especificadas en ella.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1106 DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS A LA MINERÍA ILEGAL Y EL CRIMEN ORGANIZADO, MODIFICADO POR LA LEY Nº 31178

Artículo 3. Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "al portador" cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de cinco a veinte años de conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA POPULAR LAO: LEY DE MINERALES, VERSIÓN MODIFICADA DE 2017

Artículo 110 (modificado). Prohibiciones para los inversionistas

Se prohíbe a los inversionistas nacionales y extranjeros lo siguiente:

[…]

6. la importación de mano de obra, vehículos, maquinaria y equipo extranjeros para una operación minera sin permiso;

7. la minería, la comercialización, la extracción o el transporte de minerales prohibidos;

8. la extracción o el transporte de minerales cuyo peso, cantidad o tamaño superen los permitidos o incumpliendo de otro modo la documentación correspondiente;

[…]

C. FRAUDE DOCUMENTAL EN RELACIÓN CON LA MINERÍA ILEGAL Y EL TRÁFICO DE METALES Y MINERALES

La autenticidad de los documentos relacionados con la actividad minera es clave para que las autoridades competentes puedan rastrear los minerales extraídos ilegalmente y seguirles la pista. Una parte importante de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se lleva a cabo abiertamente utilizando licencias, permisos o certificados fraudulentos. Los delincuentes utilizan estas licencias, permisos y certificados para hacer pasar los minerales de origen ilegal por minerales aparentemente legítimos. Al hacerlo, pueden conspirar con empresas de dudosa reputación para generar documentación fraudulenta sobre el origen y la composición de los metales y minerales. Los delincuentes pueden utilizar documentos fraudulentos para obtener licencias, permisos o certificados que autoricen la entrada en un área protegida y la posesión y utilización de determinado equipo, artefactos o sustancias químicas. También pueden utilizarlos para exportar metales y minerales de origen ilegal con vistas a comercializarlos en mercados legales en el extranjero.

El fraude documental relacionado con las licencias, permisos y certificados puede cometerse de varias maneras. Hay casos en que los delincuentes falsifican directamente licencias, permisos y certificados. En otros casos, los traficantes modifican licencias, permisos y certificados auténticos. Los delincuentes también pueden obtener licencias, permisos y certificados auténticos haciendo declaraciones fraudulentas ante las autoridades expedidoras o sobornando a los funcionarios. También puede incurrirse en fraude documental cuando personas distintas del legítimo titular utilizan licencias, permisos o certificados auténticos obtenidos legalmente para realizar actividades de minería ilegal y tráfico de metales y minerales. Para combatir esos delitos con eficacia, los Estados deberían hacer frente a cada una de esas formas de fraude documental.

Las disposiciones modelo 9 y 10, que figuran a continuación, contemplan delitos relacionados con el fraude documental. En la disposición modelo 9 se tipifican como delito la producción, la oferta, la distribución, la obtención, la comercialización, el intercambio, el suministro, la venta, la adquisición, la compra, el uso o la posesión de una licencia, un permiso o un certificado fraudulentos o de una parte de ellos. La disposición abarca a los agentes implicados en todas las etapas de la cadena de suministro de licencias, permisos y certificados fraudulentos, desde los productores e intermediarios hasta los usuarios o poseedores finales. También cubre tanto la falsificación como la modificación fraudulenta de licencias, permisos y certificados.

DISPOSICIÓN MODELO 9
[LICENCIAS, PERMISOS Y CERTIFICADOS] FRAUDULENTOS

Quien [con el estado mental requerido] produzca, ofrezca, distribuya, consiga, comercialice, intercambie, proporcione, venda, adquiera, compre, utilice o posea [un/a [*introdúzcase el término pertinente para la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] fraudulento/a] o una parte de [este/a] estará cometiendo un delito.

En la disposición modelo 10 se tipifica como delito la realización intencional de una declaración o manifestación falsa o engañosa, la presentación intencional de un documento fraudulento o la omisión intencional de información o de documentación que se deba facilitar en una solicitud de licencia, permiso o certificado o en relación con ella. Se recomienda que en la legislación en que se tipifiquen como delitos esas conductas se defina un elemento subjetivo apropiado para no penalizar errores puramente accidentales que se puedan cometer en la solicitud o el uso de licencias, permisos o certificados. En otras palabras, sería inadecuado tipificar en virtud de la disposición modelo 10 un delito de responsabilidad objetiva.

DISPOSICIÓN MODELO 10

CONDUCTA FRAUDULENTA EN RELACIÓN CON [LICENCIAS, PERMISOS Y CERTIFICADOS]

Quien [con el estado mental requerido]:

a) haga una declaración o manifestación falsa o engañosa;

b) presente un documento fraudulento; o

c) omita información o documentos que se deban proporcionar;

a [*introdúzcanse las autoridades competentes*] en una solicitud de [*introdúzcase el término pertinente para la licencia, el permiso, el certificado, etc.*] o en la utilización de [esta/e], o en relación con ellas,

estará cometiendo un delito.

EJEMPLO NACIONAL

GHANA: LEY DE MINERALES Y MINERÍA DE 2006, MODIFICADA EN 2019

Delitos

106. Quien

[…]

b) al presentar una solicitud de derechos sobre yacimientos de minerales o de renovación de esos derechos, hace a sabiendas una declaración que es falsa o engañosa en cualquier aspecto importante;

c) en un informe, declaración o afidávit presentado/a en cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, incluye a sabiendas información que es falsa o engañosa en un aspecto importante;

[…]

g) mezcla o hace que se mezclen con las muestras o el mineral sustancias que aumenten el valor o cambien de alguna manera la naturaleza del mineral con la intención de estafar, defraudar o engañar;

h) estando involucrado en el negocio de la trituración, la lixiviación, el muestreo, la concentración, la reducción, el análisis, el transporte o el comercio de menas, metales o minerales, mantiene o utiliza balanzas o pesos falsos o fraudulentos para pesar las menas, metales o minerales, o utiliza balanzas o pesos analíticos falsos o fraudulentos o fundentes enriquecidos usados para determinar el valor analítico de los minerales, sabiendo que son falsos o fraudulentos;

[…]

estará cometiendo un delito y podrá ser condenado en procedimiento sumario a pagar una multa […].

EJEMPLO NACIONAL

GUYANA: LEY DE MINERÍA DE 1989, MODIFICADA EN 2010

124. Sanción por presentar información falsa, etc., en una solicitud de licencia, etc.

Toda persona que

a) en cualquier solicitud de licencia o permiso presentada en virtud de esta ley, o en relación con cualquier solicitud de tal licencia o permiso, presenta o permite que se presente información a sabiendas de que es falsa o engañosa en un aspecto importante o teniendo motivos para creer que lo es;

GUYANA: LEY DE MINERÍA DE 1989, MODIFICADA EN 2010 [*continuación*]

b) en cualquier informe, declaración o afidávit, presentado/a en virtud de la presente ley o de su licencia o permiso, incluye o permite que se incluya cualquier información a sabiendas de que es falsa o engañosa en un aspecto importante o teniendo motivos para creer que lo es; o

c) coloca o deposita cualquier material u otra sustancia en cualquier lugar, o es cómplice de colocarla o depositarla, con la intención de engañar o a sabiendas de que es probable que engañe a cualquier otra persona respecto a la posibilidad de que exista algún material en ese lugar;

podrá ser condenada, en procedimiento sumario,

i) en el caso de una persona física, a una multa de 15.000 dólares y a una pena de prisión de un año; o

ii) en el caso de una persona jurídica, a una multa de 75.000 dólares y a una pena de prisión de un año.

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA POPULAR LAO: LEY DE MINERALES, VERSIÓN MODIFICADA DE 2017

Artículo 108 (modificado). Prohibiciones generales

Se prohíbe a las personas físicas o jurídicas y a las organizaciones hacer lo siguiente:

[…]

4. falsificar documentos o sellos relacionados con los minerales;

[…]

Artículo 109. Prohibiciones para funcionarios e inspectores de minas

Se prohíbe a los funcionarios e inspectores de minas hacer lo siguiente:

[…]

6. falsificar documentos, como firmas, sellos, cuentas y datos de actividades, relacionados con los minerales;

[…]

Artículo 110 (modificado). Prohibiciones para los inversionistas

Se prohíbe a los inversionistas hacer lo siguiente:

[…]

13. elaborar informes falsos o falsificar documentos o sellos relacionados con los minerales;

[…]

D. DELITOS ACCESORIOS

Hay varios delitos "accesorios" que facilitan la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. La Convención contra la Delincuencia Organizada exige que los Estados partes tipifiquen como delito el blanqueo de dinero, la corrupción, la obstrucción de la justicia y la confabulación o la asociación delictuosa, o ambas. Es esencial que los Estados cumplan ese requisito para hacer frente a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. En la presente sección se ofrecen orientaciones sobre la tipificación como delitos de esas formas de conducta.

Asimismo, cabe señalar que los autores de delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales, ya se trate de personas físicas o jurídicas, también pueden incurrir en evasión fiscal y eludir el pago de cánones, tasas y otros gravámenes fiscales. Si bien esos delitos no se abordan en la presente guía, los Estados deberían adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean adecuadas para prevenirlos y combatirlos.

Confabulación y asociación delictuosa

En el artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se exige que los Estados partes adopten medidas legislativas para tipificar como delito la participación en un grupo delictivo organizado. En el artículo 5, párrafo 1 *a)*, se ofrece a los Estados partes la posibilidad de elegir uno de los dos modelos para lograr ese fin, o ambos. Los modelos que se exponen a continuación reflejan los diferentes enfoques adoptados tradicionalmente en las jurisdicciones de *common law* y las jurisdicciones de derecho continental para tipificar como delito la participación en grupos delictivos organizados. El delito de acuerdo contemplado en el artículo 5, párrafo 1 *a)* i), refleja el modelo de la confabulación adoptado tradicionalmente en las jurisdicciones de *common law*, mientras que el delito contemplado en el artículo 5, párrafo 1 *a)* ii), refleja el modelo de la asociación delictuosa adoptado tradicionalmente en las jurisdicciones de derecho continental.

Las disposiciones modelo 11 y 12, que figuran a continuación, reflejan esas dos alternativas para tipificar como delito la participación en un grupo delictivo organizado. Se basan en el texto del artículo 5, párrafo 1 *a)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, pero se han adaptado al contexto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

Al igual que en el caso de los dos modelos que figuran en la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados pueden elegir si tipifican como delito una de las conductas o ambas. Para establecer la responsabilidad penal en el caso del delito de confabulación contemplado en la disposición modelo 11, se debe demostrar que el acusado se puso de acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave (es decir, el elemento material/objetivo del delito). El párrafo 2 se ofrece como opción para los Estados que deseen exigir, o se vean obligados a hacerlo en virtud del derecho interno, el elemento material/objetivo adicional de que uno de los participantes perpetre un acto para llevar adelante ese acuerdo. Los Estados también pueden optar por incluir un elemento material/objetivo adicional, a saber, que el acuerdo entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

En el caso de este delito, hay dos elementos subjetivos:

a) la intención de ponerse de acuerdo con una o más personas para cometerlo;

b) que el propósito del acuerdo sea obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

La disposición modelo 11 no incluye expresamente la palabra "intención", pero la forma en que está redactada implica el elemento subjetivo de la intención. El acto de ponerse de acuerdo para cometer un delito solo puede ser intencional.

DISPOSICIÓN MODELO 11
CONFABULACIÓN

1. Quien acuerde con una o más personas cometer un delito grave con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material estará cometiendo un delito.

[2. Para que una persona pueda ser condenada en virtud del presente artículo, será necesario que, además de concertar un acuerdo, uno de los participantes perpetre un acto con objeto de llevar adelante lo acordado.]

La disposición modelo 12, que figura a continuación, contiene dos delitos de asociación delictuosa. El primero se refiere a la participación en las actividades delictivas de un grupo delictivo organizado, mientras que el segundo se refiere a la participación en otras actividades del grupo delictivo organizado. El elemento material/objetivo del delito del párrafo 1 es la participación activa por el acusado en actividades delictivas de un grupo delictivo organizado. Los elementos subjetivos del delito del párrafo 1 son los siguientes:

a) la intención de participar activamente; y

b) actuar a sabiendas de:

i) la finalidad y la actividad delictiva general del grupo delictivo organizado; o

ii) la intención del grupo delictivo organizado de cometer uno o más de los delitos contemplados en la presente guía.

El elemento material/objetivo del delito del párrafo 2 es la participación activa por el acusado en cualquier otra actividad de un grupo delictivo organizado. Los elementos subjetivos del delito del párrafo 2 son los siguientes:

a) la intención de participar activamente;

b) actuar a sabiendas de:

i) la finalidad y la actividad delictiva general del grupo delictivo organizado; o

ii) la intención del grupo delictivo organizado de cometer los delitos en cuestión; y

c) actuar a sabiendas de que los actos u omisiones del acusado contribuirán al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

A los efectos del delito descrito en el párrafo 2, no es necesario que las otras actividades sean ilícitas para que se considere que están presentes los elementos constitutivos del delito. Los Estados tal vez deseen aclarar este punto en su legislación.

En la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*[88] se puede encontrar más información sobre cada modelo para tipificar como delito la participación en un grupo delictivo organizado.

DISPOSICIÓN MODELO 12

PARTICIPACIÓN EN UN GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO

1. Quien participe intencionalmente [o con conocimiento] y de forma activa en las actividades delictivas de un grupo delictivo organizado, a sabiendas de la finalidad y la actividad general de dicho grupo o de la intención de este de cometer los delitos en cuestión, estará cometiendo un delito.

2. Quien participe intencionalmente [o con conocimiento] y de forma activa en [otras] actividades de un grupo delictivo organizado:

a) a sabiendas de la finalidad y la actividad general de dicho grupo o de la intención de este de cometer los delitos en cuestión; y

b) a sabiendas de que su conducta contribuirá a la consecución del objetivo del grupo delictivo organizado o de la intención de dicho grupo de cometer los delitos en cuestión;

estará cometiendo un delito.

[88] UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, segunda edición (Viena, 2017).

EJEMPLO NACIONAL

FRANCIA: CÓDIGO PENAL, MODIFICADO EN 2020

Artículo 450-1. Participación en una asociación delictuosa

Constituye una asociación delictuosa toda agrupación formada o acuerdo establecido para la preparación, caracterizada por uno o varios hechos materiales, de uno o varios delitos graves o de una o varias infracciones penales castigados con al menos cinco años de prisión.

Cuando los delitos contemplados sean delitos graves o infracciones penales castigados con diez años de prisión, la participación en una asociación delictuosa será castigada con diez años de prisión y multa de 150.000 euros.

Cuando los delitos contemplados sean infracciones penales castigadas con al menos cinco años de prisión, la participación en una asociación delictuosa será castigada con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros.

EJEMPLO DE CAUSA: SUDÁFRICA

Chaba and Others v. S. **(A190/2017) [2019] ZAFSHC 108; [2019] 3 All SA 103 (FB) (22 March 2019)[a]**

Harmony Gold Mine (Pty) Limited es una empresa minera que opera la mina de oro de Masimong, en el distrito de Henneman, en Sudáfrica. Los mineros pueden entrar legalmente en los pozos si presentan una tarjeta de identidad minera que utilizan para fichar al entrar y salir de la mina. Sin embargo, era bien sabido que se podía burlar el sistema para fichar y entrar en la mina de forma ilegal. Las operaciones mineras ilegales en el interior de la mina eran un fenómeno conocido, y en el pasado se habían encontrado y destruido posteriormente plantas de procesamiento o refinado ilegales.

Los días 10 y 11 de abril de 2014, un organismo de seguridad llevó a cabo una operación de "limpieza" subterránea para desenmascarar a los mineros ilegales. Durante la operación se descubrieron plantas de procesamiento de oro improvisadas, camas, cartas, libros, listas de nombres y otros documentos, junto con grandes cantidades de mineral extraído. Entre los documentos se encontraban notas de transacciones realizadas con el oro y fotografías que apuntaban a la identidad de los mineros ilegales.

La investigación sacó a la luz que se había extraído mineral por valor de 125 millones de rand sudafricanos mediante plantas de procesamiento. Sin embargo, en el lugar, los investigadores solo descubrieron material por valor de 41 millones de rand (1.211 toneladas de mineral) que había sido trasladado y preparado para transportarlo posteriormente en bolsas de lona.

Fueron detenidas 22 personas, la mayoría de ellas en las instalaciones de la mina. Fuera de ellas fue detenida una persona, incriminada por las pruebas documentales halladas en el lugar.

Esas personas fueron declaradas culpables de extorsión organizada, blanqueo de dinero y contravención de la Ley de Metales Preciosos y la Ley de Procedimiento Penal. El 14 de marzo de 2017, el Tribunal de Circuito de Virginia dictó penas de entre 3 y 20 años de prisión.

Los mineros recurrieron la sentencia ante el Tribunal Superior de Sudáfrica, División de Estado Libre, Bloemfontein, pero su recurso fue rechazado el 22 de marzo de 2019.

[a] El texto de la causa (en inglés) se ha tomado del portal de gestión de conocimientos de la UNODC Intercambio de Recursos Electrónicos y Legislación sobre Delincuencia (SHERLOC), que puede consultarse en **https://sherloc.unodc.org/cld/es/st/home.html.**

Blanqueo de dinero

La minería ilegal y el tráfico de metales y minerales generan importantes beneficios ilícitos e invitan al blanqueo de dinero[89]. A diferencia de lo que ocurre en muchos otros delitos ambientales, los delincuentes involucrados en estos delitos utilizan los minerales de origen ilícito tanto para generar el producto de ese delito como para blanquear el producto de otros delitos. Por ejemplo, el oro puede comercializarse de forma anónima, lo que dificulta el rastreo de las transacciones en el mercado y de su vinculación con la fuente original[90]. El oro puede convertirse fácilmente en dinero en efectivo, y su elevado cociente valor/masa hace que sea fácil de ocultar, lo que lo convierte en una mercancía atractiva para el contrabando transfronterizo[91]. Por estas y otras razones, en los estándares del Grupo de Acción Financiera (GAFI), los delitos ambientales figuran como una de las categorías establecidas para el delito de blanqueo de dinero[92].

Conforme al artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes deberán adoptar medidas para tipificar como delito el blanqueo de dinero[93]. El párrafo 1 de ese artículo contiene una serie de apartados en los que se exige a los Estados partes que tipifiquen delitos relacionados con distintos aspectos del blanqueo de dinero. Conforme al primero de ellos, el apartado *a)* i), los Estados partes deberán tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente,

> [l]a conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

El vínculo entre este delito y otras formas de delincuencia organizada reside en el término "delito determinante". En el artículo 2 *h)* de la Convención contra la Delincuencia Organizada se define el "delito determinante" como "todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención". Conforme al artículo 6, párrafo 2 *a)*, cada Estado parte debe velar por aplicar el párrafo 1 de ese artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes. En el artículo 6, párrafo 2 *b)*, se exige específicamente que los Estados partes incluyan como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la Convención y los delitos tipificados específicamente con arreglo a la Convención.

Los Estados han adoptado distintos enfoques respecto a los delitos determinantes. Algunos han definido "delito determinante" refiriéndose a una lista exhaustiva de delitos que figura en la legislación. Otros han usado una definición genérica que abarca todos los delitos, todos los delitos graves o todos los delitos sancionados con una pena máxima igual o superior a un determinado umbral. En el artículo 6, párrafo 2 *b)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada se exige a los Estados que utilicen una lista de delitos determinantes que contenga, como mínimo, "una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados".

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes deben incluir como delitos determinantes a los efectos del blanqueo de dinero todos los delitos graves definidos en la Convención, es decir, los delitos punibles con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión. Los Estados tal vez deseen tipificar como delitos la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales de acuerdo con eso. Cuando eso no esté previsto automáticamente en la legislación en vigor, los

[89] Grupo de Acción Financiera (GAFI), *Lavado de activos provenientes de delitos ambientales* (París, 2021); Shawn Blore y Marcena Hunter, "Dubai's problematic gold trade", en *Dubai's Role in Facilitating Corruption and Global Illicit Financial Flows*, Matthew T. Page y Jodi Vittori, eds. (Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 2020), págs. 35 a 40, y Yuliya Zabyelina y Lilla Heins, "All that glitters: money laundering through precious metals and minerals", en *Illegal Mining*, Zabyelina y Daan van Uhm, eds., págs. 439 a 465.

[90] Marcena Hunter, Asher Smith y Estelle Levin-Nally, *Follow the Money: Financial Flows Linked to Artisanal and Small-Scale Gold Mining* (Ginebra, Global Initiative against Transnational Organized Crime, 2017), pág. 6.

[91] Emmanuel Mathias y Bert Feys, "Implementing AML/CFT measures in the precious minerals sector: preventing crime while increasing revenue", *Technical Notes and Manuals*, No. 14/01 (Washington D. C., Fondo Monetario Internacional, 2014).

[92] GAFI, *Lavado de activos provenientes de delitos ambientales*.

[93] Existe una disposición similar en la Convención contra la Corrupción, art. 23.

Estados pueden decidir reconocer expresamente en la legislación pertinente que todos los delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales son delitos determinantes del blanqueo de dinero.

La disposición modelo 13, que figura a continuación, es un ejemplo de disposición en la que los delitos graves de minería ilegal se consideran delitos determinantes del blanqueo de dinero.

DISPOSICIÓN MODELO 13

DESIGNACIÓN DE LOS DELITOS DETERMINANTES DEL BLANQUEO DE DINERO

Los delitos tipificados en [la presente ley/el presente capítulo/…] [punibles con una pena máxima de [*introdúzcase la pena máxima*] o superior] deben considerarse delitos determinantes del blanqueo de dinero de conformidad con [*introdúzcase una referencia a la legislación pertinente relativa al blanqueo de dinero*].

Sea cual fuere la forma en que los Estados partes opten por definir los delitos determinantes, no debería ser necesario que una persona haya sido condenada por un delito de ese tipo en el momento de demostrar que los bienes en cuestión son producto del delito. Algunos Estados tal vez no exijan la existencia de ningún delito determinante en el caso del delito de blanqueo de dinero y traten a este último como delito autónomo. En ese caso, el objetivo de una investigación independiente sobre el blanqueo de dinero no es investigar un posible delito determinante como tal, y para demostrar que los bienes son producto del delito no es necesario, en ninguna etapa del proceso, que se condene a una persona por un delito determinante[94].

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1106 DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS A LA MINERÍA ILEGAL Y EL CRIMEN ORGANIZADO, MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1249

Artículo 10. Autonomía del delito y prueba indiciaria

El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena.

El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.

[94] Recomendación 3.5 en GAFI, *Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems* (París, 2013), pág. 27 (actualizada en octubre de 2021).

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Lucha contra los flujos financieros ilícitos

En paralelo a los requisitos reglamentarios y profesionales, como el de obtener licencias, las medidas para contrarrestar el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo también se aplican a la cadena de suministro de los metales y los minerales para impedir que los delincuentes muevan fondos ilícitos a través del sector o blanqueen el producto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

En las recomendaciones del GAFI se establecen los estándares internacionales que deberían aplicar los países para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo[a]. El GAFI y los organismos regionales al estilo de este evalúan el grado de cumplimiento y de eficacia de los Estados Miembros en lo que respecta a los estándares sobre el blanqueo de dinero y la lucha contra la financiación del terrorismo, por lo que la mayoría de las disposiciones que figuran en las recomendaciones del GAFI se incorporan a las leyes y reglamentos nacionales sobre esos delitos. Algunas de las recomendaciones abarcan medidas preventivas que los Estados deberían aplicar al sector financiero y a otros sectores designados.

Por ejemplo, la recomendación 23 del GAFI, relativa a las actividades y profesiones no financieras designadas, abarca la cadena de suministro de los metales y los minerales al usarse el término "comerciantes de metales preciosos y comerciantes de piedras preciosas". La mención a esos comerciantes puede aplicarse a una amplia gama de agentes de la cadena de suministro, desde corredores y refinadores hasta fabricantes, comerciantes y vendedores de joyas[b]. El GAFI recomienda que se exija que los comerciantes de metales preciosos y los comerciantes de piedras preciosas adopten medidas de diligencia debida con respecto al cliente y cumplan los requisitos de mantenimiento de registros en relación con el blanqueo de dinero y la lucha contra la financiación del terrorismo. Esos comerciantes también deben notificar las operaciones sospechosas cuando realicen transacciones en efectivo por un monto mayor de determinado umbral.

Se recomienda a los Estados que adopten leyes y reglamentos o modifiquen los existentes para promover que los comerciantes de metales preciosos y los comerciantes de piedras preciosas cumplan los requisitos relativos al blanqueo de dinero y a la lucha contra la financiación del terrorismo y para facultar a los reguladores para que apliquen el enfoque basado en los riesgos a las cadenas de suministro de metales y minerales y a la actividad de los comerciantes.

Los Estados también pueden estudiar la posibilidad de crear registros de beneficiarios finales específicos para la minería que contengan información de acceso público sobre los beneficiarios finales de empresas y personas jurídicas. El establecimiento de un registro de ese tipo puede ofrecer varias ventajas. La principal es que esos registros facilitan el acceso oportuno a la información, de modo que eliminan la necesidad de contactar con entidades, proveedores de servicios corporativos o bancos. Al mismo tiempo, los Estados deberían asegurarse de que pueden hacer frente a los costos económicos que acarrean esos registros, afrontar las cuestiones de privacidad y satisfacer las exigencias burocráticas que implicaría la introducción de un cambio legislativo al respecto[c].

[a] GAFI, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation: The FATF Recommendations* (París, 2012) (actualización de marzo de 2022).

[b] GAFI, "RBA guidance for dealers in precious metals and stones" (París, 2008).

[c] OCDE y Banco Interamericano de Desarrollo, *Manual sobre beneficiarios finales* (2019), pág. 20.

Corrupción

Los grupos delictivos organizados, incluidos los que participan en la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, suelen recurrir a la corrupción durante sus operaciones. La corrupción plantea amenazas importantes a nivel mundial; debilita las instituciones, erosiona la confianza y amenaza la economía al socavar la competencia leal y desalentar la inversión y el comercio. La corrupción afecta de manera desproporcionada a los grupos desfavorecidos, concretamente a los pobres, impidiendo la inclusión social, fomentando la desigualdad e inhibiendo la prosperidad. El hecho de que los funcionarios públicos se vean comprometidos y

actúen en contra del interés público socava la estabilidad de los sistemas públicos en general y la confianza de la ciudadanía en ellos.

Respecto a los delitos contemplados en la presente guía, la corrupción puede producirse en cualquier punto de la cadena de suministro de los minerales: en la adjudicación de licencias, permisos y certificados, en la adquisición de equipo, artefactos y sustancias químicas, en la exportación y la importación de metales y minerales de origen ilegal, durante las fases de refinado y fabricación, y cuando los productos finales se distribuyen a los consumidores. Pueden verse involucradas diversas partes interesadas, como políticos, autoridades ambientales, policías y funcionarios de aduanas, importadores y exportadores, refinerías y fundiciones, fabricantes, y comerciantes y corredores[95]. Para prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se necesitan leyes que puedan prevenir y combatir la corrupción con eficacia. Por consiguiente, los Estados deberían revisar las obligaciones que les incumben en virtud tanto de la Convención contra la Delincuencia Organizada como de la Convención contra la Corrupción en lo que respecta a sus compromisos en materia de lucha contra la corrupción y a la aplicación de las Convenciones[96].

La Convención contra la Delincuencia Organizada abarca tres tipos de delitos de corrupción en el sector público: el soborno activo (es decir, la concesión de sobornos), el soborno pasivo (es decir, la aceptación de sobornos) y la participación como cómplice en un soborno. Además de las conductas que es obligatorio tipificar como delito, los Estados deben estudiar la posibilidad de penalizar otras formas de corrupción, como el soborno de funcionarios extranjeros. La Convención exige que se introduzcan medidas legislativas y de otro tipo destinadas a prevenir, detectar y castigar las prácticas corruptas y mejorar la rendición de cuentas.

La Convención contra la Corrupción es el único instrumento universal jurídicamente vinculante de lucha contra la corrupción. El enfoque de gran alcance adoptado en ella y el carácter obligatorio de muchas de sus disposiciones la convierten en un instrumento único para elaborar una respuesta integral a un problema mundial. La Convención abarca cinco esferas principales: prevención, medidas de penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos y asistencia técnica e intercambio de información. Asimismo, abarca muchas formas distintas de corrupción, como el soborno, la malversación o peculado, el tráfico de influencias, el abuso de poder y diversos actos de corrupción en el sector privado. También dedica un capítulo a la recuperación de activos, que es una de las principales preocupaciones de los países que tratan de recuperar activos de exdirigentes y otros funcionarios acusados de corrupción o de los que se ha descubierto que han participado en actos de corrupción.

La legislación nacional en materia de corrupción es diversa. Hay Estados que impiden que las personas expuestas políticamente sean adjudicatarias de licencias, permisos o certificados y, por tanto, realicen, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con la minería. También es frecuente que los Estados reiteren su determinación de prevenir y combatir la corrupción en las leyes y reglamentos sobre minería, reiterando la penalización del soborno tanto activo como pasivo. En muchos casos es difícil averiguar quiénes son los verdaderos propietarios de los activos porque pueden ocultarse tras una cadena de empresas ficticias. Un marco jurídico inadecuado sobre los beneficiarios finales de las empresas mineras puede plantear dificultades especiales en la industria de la minería, en la que es fundamental saber quién tiene los derechos de prospección y explotación de los recursos minerales para hacer frente a los riesgos de corrupción o los conflictos de intereses.

[95] Luca Maiotti y Rashad Abelson, "Preguntas frecuentes: cómo abordar los riesgos de soborno y corrupción en las cadenas de suministro de minerales" (París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2021).

[96] Véanse, por ejemplo, UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, segunda edición (Viena, 2017); UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, segunda edición (Viena, 2012), y UNODC, *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*, segunda edición (Viena, 2017).

EJEMPLO NACIONAL

AFGANISTÁN: LEY DE MINERALES DE 2019

Artículo 13. Conflictos de intereses y prácticas corruptas

1) Si un funcionario público tiene un interés pecuniario directo o indirecto u otro interés personal en el ejercicio de cualquier responsabilidad o atribución en virtud de la presente ley que pueda afectar al ejercicio de la imparcialidad en relación con el ejercicio de esa responsabilidad o atribución, el funcionario público deberá revelar de inmediato la naturaleza de ese interés al órgano decisorio y no deberá participar en el ejercicio de esa responsabilidad o atribución.

2) No se ofrecerá, prometerá ni proporcionará ni se hará que se ofrezca, se prometa o se proporcione a un funcionario público ningún pago, beneficio ni ninguna otra ventaja con la intención de influir indebidamente en el desempeño de una función en virtud de la presente ley.

3) Los funcionarios públicos no solicitarán, pedirán ni aceptarán ni harán que se solicite, se pida o se acepte ningún pago, beneficio ni ninguna otra ventaja con la intención de que se influya indebidamente en el desempeño de una función en virtud de la presente ley.

4) Las personas expuestas políticamente no deben ser propietarias de ninguna entidad titular de una concesión, una licencia o una licencia temporal.

5) La infracción del presente artículo 13 se considerará constitutiva de delito y podrá ser objeto de enjuiciamiento en virtud del artículo 61.

EJEMPLO NACIONAL

CÔTE D'IVOIRE: CÓDIGO MINERO DE 2014

Artículo 10. Ninguna persona física puede tener ningún interés directo o indirecto en un título minero o una autorización ni ser titular o beneficiario de estos si no goza de sus derechos civiles. […]

Ningún funcionario o agente del Estado que trabaje en la administración pública, ningún agente de una empresa estatal ni ningún agente de una empresa de participación financiera mayoritariamente pública puede tener ningún interés directo o indirecto en una actividad minera ni ser titular de un título minero o ser beneficiario de una autorización.

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA POPULAR LAO: LEY DE MINERALES, VERSIÓN MODIFICADA DE 2017

Artículo 108 (modificado). Prohibiciones generales

Se prohíbe a las personas físicas o jurídicas y a las organizaciones hacer lo siguiente:

[…]

3. confabular con un inversor, funcionario o inspector de minas para explotar ilegalmente, usurpar o destruir recursos minerales o minas;

Artículo 109. Prohibiciones para funcionarios e inspectores de minas

Se prohíbe a los funcionarios e inspectores de minas hacer lo siguiente:

[…]

2. abusar de sus funciones y su cargo y recibir sobornos en beneficio propio[a];

[…]

5. revelar secretos de Estado y de gobierno o secretos comerciales y técnicos relacionados con los minerales;

[…]

7. participar en operaciones del sector de los minerales o permitir que un familiar realice tales operaciones o participe en ellas;

[…]

Artículo 110 (modificado). Prohibiciones para los inversionistas

Se prohíbe a los inversionistas nacionales y extranjeros lo siguiente:

[…]

10. ofrecer una comisión o dar sobornos a funcionarios públicos o a inspectores de minas; u ofrecer una comisión a personas que usurpen, exploten o busquen minerales utilizando diferentes métodos;

[…]

[a] Se refleja el texto original, aunque no está claro si pretende abarcar únicamente los sobornos que benefician directamente a los funcionarios y los inspectores de minas que los reciben, o si sería más adecuado traducir la expresión simplemente como "sobornos" y eliminar "en beneficio propio".

Obstrucción de la justicia

Los delincuentes suelen prosperar porque pueden evitar ser detectados y enjuiciados. Pueden obstruir la justicia amenazando a los testigos, utilizando la fuerza física contra los agentes de policía e intimidando a jueces y fiscales. Muchas personas han muerto o resultado gravemente heridas en sus intentos por llevar ante la justicia a grupos delictivos organizados y a miembros de organizaciones delictivas.

En virtud del artículo 23 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes han de tipificar como delitos las conductas que impliquen la obstrucción de la justicia. La referencia a un "proceso" que figura en el artículo 23 *a)* pretende abarcar todas las actuaciones oficiales de la autoridad pública, que pueden incluir la etapa prejudicial de un caso. Dicho de otro modo, los Estados partes tienen la obligación de tipificar como delitos las conductas que impliquen la obstrucción a la justicia tanto en la etapa judicial como en la prejudicial, lo que podría incluir la obstrucción de una investigación o una detención. Los Estados partes en la Convención deben garantizar que las leyes nacionales que dan efecto al artículo 23 se apliquen a la obstrucción del curso de la justicia en todas las actuaciones relacionadas con los delitos contemplados en la Convención.

Los Estados deberían evaluar la necesidad de incluir en su legislación sobre minería una disposición específica en la que se tipifique como delito la obstrucción de la justicia, teniendo en cuenta los delitos de obstrucción de la justicia que puedan existir. Como ya se ha indicado, es especialmente importante saber si los delitos existentes comprenderían los intentos de obstruir la acción de la justicia en relación con los inspectores, investigadores, agentes del orden y otros funcionarios similares. Algunos Estados ya cuentan con disposiciones exhaustivas que protegen a esos funcionarios y que abarcarían la conducta tipificada como delito en la disposición modelo 14, que figura a continuación, en que se penalizan los intentos de obstruir la justicia. Los Estados que, en cambio, hayan optado por incluir disposiciones especializadas en materia de obstrucción

de la justicia en leyes específicas podrían considerar la posibilidad de incluir un delito como el que figura en la disposición modelo 14 en su legislación sobre minería.

En aquellos países en los que las facultades de aplicación de la ley son ejercidas por autoridades competentes distintas de la policía, el Estado debe asegurarse de que en las disposiciones específicas sobre obstrucción de la justicia estén comprendidos todos los funcionarios encargados de verificar el cumplimiento de la ley, realizar inspecciones y adoptar medidas coercitivas en relación con la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

DISPOSICIÓN MODELO 14
OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA

1. Quien, en relación con la comisión de cualquier delito en virtud de [la presente ley/el presente capítulo/…], use la fuerza, amenazas o intimidación, o prometa, ofrezca o entregue un beneficio indebido a fin de:

   a) inducir a falso testimonio, o

   b) obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas;

estará cometiendo un delito.

2. Quien, en relación con la comisión de cualquier delito previsto en [la presente ley/el presente capítulo/…], use la fuerza, amenazas o intimidación a fin de interferir en el cumplimiento de las funciones de [*introdúzcase la autoridad pertinente*] estará cometiendo un delito.

EJEMPLO NACIONAL

FILIPINAS: LEY DE MINERÍA DE 1995

Artículo 109

Obstrucción ilegal de los funcionarios públicos

Quien impida u obstruya ilegalmente a la Secretaría, a la Dirección o a cualquiera de sus representantes en el desempeño de las funciones que les incumben en virtud de las disposiciones de la presente ley y de los reglamentos promulgados conforme a ella será condenada tras ser declarada culpable por el tribunal correspondiente a pagar una multa de cinco mil pesos (5.000,00 Pts) como máximo o a una pena de prisión de un (1) año como máximo, o a ambas cosas, a discreción del tribunal.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1106 DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS A LA MINERÍA ILEGAL Y EL CRIMEN ORGANIZADO

Artículo 6. Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información

El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal. […]

EJEMPLO NACIONAL

GHANA: LEY DE MINERALES Y MINERÍA DE 2006, MODIFICADA EN 2019

Delitos

106. Quien

[…]

i) no cumpla una instrucción dada legalmente en virtud de la presente ley, descuide su cumplimiento o se niegue a cumplirla;

j) no posibilite que se presten o no preste las facilidades y la asistencia razonables a un miembro del funcionariado que ejerza una atribución en virtud de la presente ley, descuide su posibilitación o prestación o se niegue a posibilitarla o a prestarlas;

k) obstruya, obstaculice o retrase el desempeño por un miembro del funcionariado autorizado de las funciones que le incumben en virtud de la presente ley; o

[…]

estará cometiendo un delito y podrá ser condenado en procedimiento sumario a pagar una multa […].

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Además de los delincuentes principales, hay agentes que participan en la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales mediante la organización, la dirección, la ayuda, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en aras de la comisión de esos delitos. En las leyes elaboradas para combatirlos se debería prever la responsabilidad subsidiaria por esas conductas.

En muchas jurisdicciones, las disposiciones generales del derecho penal establecen una responsabilidad subsidiaria para todos los delitos. En ellas puede no ser necesario promulgar disposiciones específicas sobre la responsabilidad subsidiaria en las leyes sobre minería. Cuando ese no sea el caso, se debería prever expresamente la responsabilidad subsidiaria en las leyes sobre minería.

En la disposición modelo 15, que figura a continuación, se describe un delito que imputa responsabilidad a los delincuentes secundarios por su participación en la minería ilegal. Esta disposición, que refleja las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del artículo 5, párrafo 1 *b)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, prevé la responsabilidad, por un lado, de las personas que asumen una función de liderazgo en dichos delitos (es decir, quien los "organice o dirija intencionalmente") (párr. 1) y, por otro, de las personas que asumen un papel de apoyo, como quien "ayude, incite, preste asesoramiento o instigue a otras personas para que cometan un delito […] o facilite su comisión" (párr. 2).

Los Estados también pueden optar por imponer sanciones más severas para castigar la organización o la dirección, que son conductas que implican un mayor nivel de responsabilidad, que para castigar la ayuda, la incitación, la facilitación o el asesoramiento. En algunos casos, sería razonable que las sanciones aplicables a los organizadores y los directores fueran más severas que las impuestas a los delincuentes principales.

DISPOSICIÓN MODELO 15

ORGANIZACIÓN O DIRECCIÓN DE LA COMISIÓN DE UN DELITO, AYUDA PARA COMETERLO O INCITACIÓN A COMETERLO

1. Quien organice o dirija intencionalmente la comisión de un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] estará cometiendo un delito.

2. Quien ayude, incite, preste asesoramiento o instigue intencionalmente a otras personas para que cometan un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] o facilite su comisión intencionalmente estará cometiendo un delito.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La minería ilegal y el tráfico de metales y minerales guardan una relación estrecha con la industria minera legítima. Por un lado, los grupos delictivos organizados pueden abusar de las cadenas de suministro legales e infiltrarse en empresas legítimas para asegurar y facilitar las actividades ilícitas. Por ejemplo, se ha denunciado que hay refinerías y fundiciones de oro que tienen proveedores sospechosos (que guardan relación con la delincuencia organizada) y adquieren oro de esos proveedores sin disponer de suficiente información sobre la procedencia del metal[97]. Por otro lado, las empresas privadas pueden, a sabiendas o no, contravenir las obligaciones legales que les incumben y actuar en contra de la ley para reducir sus costos de funcionamiento u obtener más beneficios.

Para combatir eficazmente la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se deben exigir responsabilidades a las personas jurídicas por sus acciones y omisiones culposas. La Convención contra la Delincuencia Organizada exige a los Estados partes que establezcan un marco jurídico que contemple la responsabilidad de las personas jurídicas. Más concretamente, en el artículo 10 se exige que los Estados partes adopten las medidas necesarias a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado. En el artículo 10, párrafo 2, se especifica que la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Dos de esas formas de responsabilidad de las personas jurídicas, o todas ellas, podrían coexistir en un solo ordenamiento jurídico. En el artículo 10, párrafo 3, se indica que la responsabilidad de las personas jurídicas debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales implicadas en los delitos.

La responsabilidad penal es la forma más grave de responsabilidad que se puede imponer a las personas jurídicas. Por lo general, se relaciona con la posibilidad de sanciones severas y una protección procesal más importante para los acusados. La responsabilidad de índole penal puede ser muy perjudicial para la reputación de una persona jurídica que haya cometido un delito y también puede disuadir a otras personas jurídicas de incurrir en conductas ilícitas[98].

La responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas son opciones que tienen los ordenamientos jurídicos que no reconocen la capacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones penales. Esos dos términos tienen significados diferentes, pero en algunos Estados se utilizan de forma indistinta. A efectos de la presente guía, la responsabilidad civil implica sanciones civiles impuestas por tribunales u órganos análogos. La responsabilidad administrativa suele guardar relación con la responsabilidad imputada por un organismo regulador, si bien, en algunos ordenamientos jurídicos, los órganos judiciales

[97] Livia Wagner, *Organized Crime and Illegally Mined Gold in Latin America* (Ginebra, Global Initiative against Transnational Organized Crime, 2016), pág. 16, y Blore y Hunter, "Dubai's problematic gold trade".

[98] UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, párr. 270.

también pueden imponer sanciones administrativas. Al igual que la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa no da lugar a ninguna condena penal. En general, los requisitos probatorios son menos exigentes cuando se trata de responsabilidad civil o administrativa que de responsabilidad penal.

Cuando en la legislación nacional no se prevea una responsabilidad de índole penal, civil o administrativa respecto de las personas jurídicas involucradas en la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, los Estados deberían adoptar disposiciones específicas para preverla. Corresponde a cada Estado decidir si la responsabilidad que se establezca será de naturaleza penal, civil o administrativa, teniendo en cuenta su tradición y su cultura jurídicas y si su ordenamiento jurídico reconoce la capacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones penales. Independientemente de la forma de responsabilidad prevista, los Estados deben asegurarse de que los tribunales o los reguladores puedan imponer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para cumplir el requisito del artículo 10, párrafo 4, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Las sanciones pertinentes que se pueden imponer a las personas jurídicas se analizan en el capítulo 7.

La disposición modelo 16, que figura a continuación, ofrece un ejemplo básico de disposición en la que se define la responsabilidad penal de las personas jurídicas con respecto a los delitos descritos en la presente guía. En virtud del párrafo 1, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal por los delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales.

El párrafo 2 de la disposición modelo 16 refleja la obligación de los Estados partes contemplada en el artículo 10, párrafo 3, de la Convención contra la Delincuencia Organizada de velar por que la responsabilidad de las personas jurídicas exista sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

En el párrafo 3 *a)* figura una definición modelo de "persona jurídica" a efectos de la presente guía. La lista de personas jurídicas del párrafo 3 *a)* no es exhaustiva. Las formas de personalidad jurídica y su condición varían considerablemente de una jurisdicción a otra y la gama de entidades que pueden ser consideradas responsables debe ser examinada atentamente. Entre las cuestiones que deben plantearse al respecto quienes redactan los textos legislativos está la medida en que las disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas deberían aplicarse a los organismos públicos, si acaso se aplican a estos. Podría tratarse de organismos estatales, empresas estatales o entidades locales.

En situaciones en que se acusa a una empresa privada de un delito, es importante que estén claras las categorías de personas que son "altos cargos", y se plantea la cuestión de quién es responsable de los actos de la empresa. Según la definición que figura en el párrafo 3 *b)* de la disposición legislativa modelo 16, para considerarse alto cargo, la persona en cuestión debe ser responsable de las políticas de la persona jurídica. Así pues, el factor clave para determinar si una persona es un alto cargo a efectos de un enjuiciamiento penal es el grado en que esa persona está facultada para adoptar decisiones en lo que respecta a las políticas de la persona jurídica. Lo más habitual es que los directores y directores generales estén facultados para decidir las políticas de la empresa y, por tanto, se consideren altos cargos a efectos de un enjuiciamiento penal[99]. Es poco probable que se consideren altos cargos quienes trabajan para una empresa pero no tienen autoridad para dirigirla o para tomar decisiones. En la definición de "alto cargo", los Estados pueden optar por incluir a las personas que tienen la dirección o el control *de facto*. Eso suele hacerse para evitar que quienes dirigen o controlan una persona jurídica eludan sus obligaciones y la responsabilidad que puedan tener simplemente porque no figuran oficialmente como titulares de esas funciones. En ese caso, a quienes dirigen o controlan *de facto* una persona jurídica les corresponderían las mismas obligaciones legales o de otro tipo y posibles responsabilidades que a los altos cargos *de iure*[100].

Algo importante al determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es definir las personas cuyos actos son susceptibles de ser atribuidos a la persona jurídica, es decir, las personas de cuyos actos se

[99] Todd Archibald, Ken Jull y Kent Roach, "Critical developments in corporate criminal liability: senior officers, wilful blindness, and agents in foreign jurisdictions", *Criminal Law Quarterly*, vol. 60 (2013), pág. 92.

[100] Brian Studniberg, "The uncertain scope of the de facto director doctrine", *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 75, núm. 2 (enero de 2017), pág. 69.

puede considerar responsable a la persona jurídica. Como se explica más adelante, según el párrafo 4 de la disposición modelo 16, una persona jurídica puede tener que responder de los actos de sus altos cargos o, de manera opcional, de los de las personas a las que supervisan o dirigen los altos cargos. Es importante que quienes redactan los textos legislativos se aseguren de que las disposiciones relativas a la atribución de los actos de determinadas personas a una persona jurídica se concentren en la función que desempeña realmente la persona en la organización y no se limiten a quienes tienen determinados títulos o cargos.

En el párrafo 4 se establecen las circunstancias en que una persona jurídica debe responder de las infracciones relacionadas con sus altos cargos. Se definen tres formas diferentes en que la persona jurídica puede tener que responder de los actos de sus altos cargos (o, si se desea, de los de las personas bajo la supervisión o dirección de un alto cargo). En primer lugar, la responsabilidad puede recaer en la persona jurídica cuando los propios altos cargos (o las personas bajo la supervisión o dirección de estos) cometen un delito (apartado *a)*). Además, se ofrecen opciones para ampliar la responsabilidad a las circunstancias en que esas personas autorizan o permiten que se cometa un delito (apartado *b)*) o no toman medidas razonables para evitar que se cometa un delito (apartado *c)*). Mientras que los apartados *a)* y *b)* requieren la implicación activa por parte del alto cargo, el apartado *c)* impone la responsabilidad cuando no se ha ejercido la debida supervisión. En los apartados 4 *b)* y *c)* se deja abierta la posibilidad de requerir cierto estado mental para atribuir los actos del alto cargo a la persona jurídica, al incluirse entre corchetes la expresión "con el estado mental requerido". Como ya se ha indicado[101], los elementos subjetivos y la terminología utilizada para referirse a ellos varían según la jurisdicción, pero pueden incluir la intención, el conocimiento, la ceguera deliberada, la imprudencia y la negligencia. En la presente guía, eso se deja a la discreción de las instancias legisladoras.

El párrafo 5 aclara que entre las medidas razonables para prevenir que se cometa un delito, a las que se refiere el apartado 4 *c)*, se deben encontrar la adopción y la aplicación efectiva de un modelo organizativo y de gestión adecuado.

DISPOSICIÓN MODELO 16

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Las personas jurídicas [que no sean el Estado] podrán ser responsables penalmente de los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…].

2. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud [del presente artículo] no excluye la responsabilidad penal de las personas físicas por el mismo acto u omisión.

3. En [la presente ley/el presente capítulo/…]:

   a) las "personas jurídicas" incluyen [las personas jurídicas, las sociedades, las empresas, las asociaciones, las alianzas, los gobiernos locales, los sindicatos, los municipios y los organismos públicos];

   b) "alto cargo" significa un empleado, agente o funcionario de la persona jurídica con deberes de tal responsabilidad que puede considerarse que su conducta representa la política de la entidad [, incluidas las personas que ejercen la dirección o el control *de facto*];

4. Una persona jurídica es responsable de un delito cuando un alto cargo de la persona jurídica [, o personas bajo la supervisión o dirección del alto cargo,] que actúa en nombre o en beneficio de la persona jurídica,

   a) comete el delito;

   b) [[con el estado mental requerido,] autoriza o permite que se cometa el delito;] o

   c) [con el estado mental requerido,] no adopta medidas razonables para que no se cometa el delito.

5. A los efectos del apartado 4 *c)*, las medidas razonables incluirán la adopción y la aplicación efectiva de un modelo organizativo y de gestión adecuado.

[101] Véase la sección del capítulo 3 titulada "Elementos de los delitos".

EJEMPLO NACIONAL

INDIA: LEY DE (DESARROLLO Y REGULACIÓN DE) MINAS Y MINERALES DE 1957, MODIFICADA EN 2021

23. Delitos cometidos por empresas

1) Si quien comete un delito en virtud de lo dispuesto en la presente ley o en cualquier norma dictada en virtud de esta es una empresa, toda persona que en el momento en que se cometió el delito se encargara de la empresa y fuera responsable ante ella de la dirección de sus actividades, será considerada culpable del delito y podrá ser procesada y castigada en consecuencia.

Sin embargo, nada de lo dispuesto en este párrafo hará que esa persona pueda ser castigada si demuestra que el delito se cometió sin su conocimiento o que ejerció la diligencia debida para evitar que se cometiera.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, cuando un delito en virtud de lo dispuesto en la presente ley se haya cometido con el consentimiento o la connivencia de cualquier director, gerente, secretario u otro cargo de la empresa, dicho director, gerente, secretario u otro cargo se considerará culpable de ese delito y podrá ser procesado y castigado en consecuencia.

Explicación. A los efectos del presente artículo:

a) se entenderá por "empresa" cualquier persona jurídica, incluidas una empresa u otra asociación de personas físicas;

b) se entenderá por "director" en relación con una empresa un socio de la empresa.

EJEMPLO NACIONAL

GHANA: LEY DE MINERALES Y MINERÍA DE 2006, MODIFICADA EN 2015

Delitos cometidos por agrupaciones de personas

107. 1) Cuando una agrupación de personas cometa un delito en virtud de la presente ley o de los reglamentos establecidos en virtud de la presente ley,

a) en el caso de una persona jurídica que no sea una sociedad, se considerará que también ha cometido el delito cada director o alto cargo de la persona jurídica,

y

b) en el caso de una sociedad, se considerará que ha cometido el delito cada socio o alto cargo de dicha entidad.

Importancia de la diligencia debida

En el contexto de la responsabilidad de las personas jurídicas, la diligencia debida se refiere a las medidas adoptadas por una persona jurídica para velar por que se cumpla determinada ley. El concepto de "diligencia debida" variará en función del ordenamiento jurídico en cuestión, de los cargos imputados, de las circunstancias del presunto delito y de quién sea el inculpado. En general, el ejercicio de la diligencia debida supondrá la existencia de sistemas de gestión de riesgos y cumplimiento para prevenir y detectar conductas indebidas. Un sistema de gestión de riesgos adecuado generalmente incluirá sistemas para acceder a la información, evaluar el riesgo en función de esa información y mitigar el riesgo sobre la base de esa evaluación. La dirección, el control o la supervisión inadecuados de la empresa o la ausencia de sistemas adecuados para transmitir la

información pertinente a las personas pertinentes pueden ser pruebas de que no se ha actuado con la diligencia debida. Sin embargo, la mera existencia de políticas, procedimientos y sistemas para prevenir y detectar conductas indebidas no será suficiente, por lo general, para eximir a una persona jurídica de responsabilidad. El hecho de que una persona jurídica haya actuado con la diligencia debida dependerá siempre de los hechos y las circunstancias de cada caso concreto.

Se recomienda a los Estados que, al establecer disposiciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas o modificar las existentes, tengan en cuenta la manera en que se deben contemplar en la legislación las situaciones en que una persona jurídica haya actuado con la diligencia debida para velar por que se cumpla la ley pero, a pesar de ello, haya cometido un delito.

Hay diferentes formas de considerar la diligencia debida en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas. Es habitual que el ministerio público enfoque la diligencia debida de las personas jurídicas como forma de determinar si se actuó con intención dolosa (*mens rea*). Hay Estados en que la diligencia debida puede ser también un factor pertinente para el ejercicio de las facultades discrecionales del ministerio público en el momento de decidir si se procesa a una persona jurídica o puede constituir un atenuante al imponer una pena. El hecho de que una persona jurídica haya actuado con la diligencia debida puede exonerarla de responsabilidad (eximente de responsabilidad penal). Por ejemplo, en los casos en que para demostrar la existencia de delito se requiere demostrar que no se actuó con la diligencia debida, el hecho de que una persona jurídica lo haya hecho querrá decir que esa persona jurídica no puede ser considerada responsable. En el caso de esa eximente, la carga de la prueba puede recaer en el acusado.

Se aconseja a los Estados que consideren si la diligencia debida debe convertirse por ley en una obligación para las personas jurídicas. En la mayoría de los Estados, implica una obligación voluntaria para las personas jurídicas. Sin embargo, en algunos Estados se trata de una obligación jurídica impuesta a determinadas categorías de personas jurídicas, que exige que las empresas realicen una evaluación exhaustiva de los riesgos que puedan estar planteando para los derechos humanos, la salud, la seguridad y el medio ambiente. Pueden quedar excluidas de esa obligación las empresas que no cumplan determinados umbrales en lo que respecta al tamaño o la antigüedad.

EJEMPLOS NACIONALES DE LEGISLACIÓN SOBRE DILIGENCIA DEBIDA RELACIONADA CON LAS CADENAS DE SUMINISTRO DE RECURSOS MINERALES

PAÍSES IMPORTADORES

Unión Europea

En mayo de 2017, la Unión Europea aprobó el Reglamento (UE) 2017/821, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, de conformidad con los cinco pasos de la *Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo*. El reglamento entró en vigor en enero de 2021.

Estados Unidos

En julio de 2010, el Congreso de los Estados Unidos incluyó una disposición (artículo 1502) en la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor (Ley Dodd-Frank)[a] relativa al comercio de tantalio, estaño, wolframio y oro producidos en la República Democrática del Congo y los países limítrofes. Más concretamente, en el artículo 1502 se solicita a la Comisión del Mercado de Valores de los Estados Unidos que elabore normas que obliguen a las empresas a las que abarca la ley a realizar actividades para averiguar el origen de los minerales designados que hay en sus cadenas de suministro. Si se considera que los minerales proceden de la República Democrática del Congo o de los países limítrofes, o si se desconoce su procedencia, la entidad emisora debe actuar con la diligencia debida y presentar información adicional.

PAÍSES PROCESADORES

China

La Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de Metales, Minerales y Sustancias Químicas de China y la OCDE elaboraron conjuntamente en 2015 la Guía de China de Diligencia Debida para Cadenas de Suministro de Minerales Responsables[b], que está ideada para armonizar la diligencia debida de las empresas chinas con las normas internacionales y posibilitar el reconocimiento mutuo con las iniciativas y la legislación internacionales existentes.

PAÍSES PRODUCTORES

República Democrática del Congo

En el último decenio, las iniciativas de la República Democrática del Congo para eliminar los "minerales conflictivos" se han concentrado en denegar el acceso a los mercados y las cadenas de suministro mundiales del tantalio, el estaño, el wolframio y el oro de origen ilícito. En septiembre de 2011, el Gobierno de la República Democrática del Congo emitió una *note circulaire*[c] en la que exigía a todas las entidades mineras y de comercio de minerales que comercializan esos metales que actuaran con la diligencia debida de conformidad con la *Guía de diligencia debida de la OCDE* y las directrices de diligencia debida del Grupo de Expertos sobre la República Democrática del Congo y que presentaran informes anuales sobre sus actividades de diligencia debida al Ministerio de Minas.

Rwanda

El Gobierno de Rwanda ha tomado medidas para que todos los minerales de tantalio, estaño, wolframio y oro que salen del país sean etiquetados para su trazabilidad. También ha realizado importantes esfuerzos para aplicar el Sistema de Certificación de Minerales de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos[d], que forma parte del marco jurídico de Rwanda desde marzo de 2012. El Certificado para Minerales Designados de la Conferencia Internacional funciona de forma muy similar a los certificados del Proceso de Kimberley para las exportaciones de diamantes: solo lo reciben las remesas de los minerales designados cuyo origen, transporte y procesamiento se puede demostrar que son "no conflictivos". Desde el 15 de diciembre de 2012, la certificación es obligatoria para todas las exportaciones de minerales designados que salen de Rwanda.

[a] Estados Unidos, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Public Law 111–203, H.R. 4173 (21 de julio de 2010).

[b] Puede consultarse en **https://mneguidelines.oecd.org/chinese-due-diligence-guidelines-for-responsible-mineral-supply-chains.htm**.

[c] *Note circulaire* nº 002/CAB.MIN/MINES/01/2011, de 6 de septiembre 2011.

[d] Véase **www.oecd.org/investment/mne/49111368.pdf**.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Diligencia debida y sistemas de certificación

Es menos probable que la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales tengan lugar en una cadena de suministro de minerales bien regulada y transparente[a]. Una cadena de suministro de minerales suele incluir la extracción, el transporte, la manipulación, la comercialización, el procesamiento, la fundición, el refinado y la aleación, la fabricación y la venta del producto final. Las empresas de las fases finales de la cadena[b] que se abastecen de minerales por conducto de sus proveedores a menudo no pueden rastrear el lugar de extracción del mineral. Los problemas de trazabilidad suelen derivarse de la informalidad y la complejidad de las redes de suministro. Por ejemplo, como en las refinerías se suelen mezclar metales en bruto de varias fuentes, es prácticamente imposible rastrear el origen de los componentes después del procesamiento, lo que supone un problema si una o varias de las fuentes son ilícitas. Habida cuenta de que una cadena de suministro de minerales típica tiene partes interesadas en las fases finales, intermedias e iniciales[c], todas ellas deben asumir los costos de la lucha contra la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y contribuir a los procesos de trazabilidad y diligencia debida[d].

IDEA SOBRE PREVENCIÓN [*continuación*]

Diligencia debida y gestión de riesgos

Por diligencia debida en la cadena de suministro de minerales se entienden los procesos a través de los cuales las empresas pueden tomar medidas para detectar, prevenir y reducir los efectos negativos, reales y potenciales, y garantizar que respetan los derechos humanos y no contribuyen a los conflictos a través de sus actividades en la cadena de suministro.

Las autoridades reguladoras competentes deberían tomar medidas para verificar que todos los agentes de la cadena de suministro realizan controles de diligencia debida. Eso puede garantizar que los agentes que suministran y reciben metales y minerales, en bruto o transformados en productos, tienen derecho a suministrarlos o recibirlos, según el caso, de conformidad con el derecho interno. Los controles de diligencia debida deberían incluir inspecciones tanto de los metales y minerales como de la documentación asociada para confirmar su autenticidad y su procedencia. Las autoridades reguladoras competentes también deberían establecer un proceso de mitigación del riesgo que suele incluir la detección, la evaluación, la mitigación y el seguimiento de los riesgos y la presentación de informes al respecto. Las actividades que entrañen más riesgos requerirán una diligencia debida y un seguimiento más exhaustivos.

El principal marco internacional en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de minerales figura en la *Guía de diligencia debida de la OCDE*. Se trata de un proceso práctico de cinco pasos que se aconseja que sigan las empresas "a fin de prevenir o mitigar sus consecuencias nocivas relacionadas con sus actividades o decisiones de abastecimiento"[e]. Los cinco pasos propuestos son:

1. establecer sistemas fuertes de gestión empresarial;
2. identificar y evaluar los riesgos en la cadena de suministro;
3. diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos identificados;
4. llevar a cabo una auditoría independiente a cargo de terceros para la debida diligencia de las cadenas de suministro en los puntos determinados de la cadena de suministro;
5. informar sobre la debida diligencia de la cadena de suministro.

El objetivo de la guía de la OCDE es mejorar los conocimientos en materia de diligencia debida de los Gobiernos, las empresas privadas y otras partes interesadas pertinentes para promover un comportamiento empresarial responsable en la cadena de suministro de minerales. Se espera que las empresas intenten de buena fe actuar con la diligencia debida en sus cadenas de suministro y adopten medidas razonables para mitigar los riesgos, de conformidad con la legislación vigente y las mejores prácticas reconocidas internacionalmente.

La guía de la OCDE es un componente de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, más generales, cuyo objetivo es promover una conducta empresarial responsable más allá de las cadenas de suministro de minerales. Aunque las *Líneas Directrices de la OCDE* no son jurídicamente vinculantes, la OCDE exige a los Gobiernos de los países adherentes que establezcan puntos nacionales de contacto con el doble mandato de formular recomendaciones de diligencia debida y de atender los casos que se les remitan mediante el mecanismo de reparación.

Otro mecanismo de diligencia debida en la cadena de suministro digno de mención es la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas. Esta trabaja principalmente con empresas extractivas a gran escala, obligándolas a divulgar información sobre toda su cadena de suministro, desde el punto de extracción hasta la forma en que los ingresos llegan al Gobierno y cómo contribuyen a la economía y la sociedad. Cada Estado participante debe pasar por un proceso de aseguramiento de la calidad conocido como "validación" al menos cada tres años. El proceso de validación se utiliza para evaluar los avances en el cumplimiento del Estándar de la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas y para fomentar el diálogo y el intercambio de las mejores prácticas a nivel nacional[f].

El componente de los derechos humanos debería ser indisociable de la diligencia debida y la gestión de riesgos de las empresas. Las empresas de la industria minera tienen la responsabilidad de evitar dañar el medio ambiente y a las comunidades y de hacer frente a los posibles efectos negativos de sus actividades. Los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos[g] ayudan a las empresas a comprender mejor su entorno operacional, a detectar

los riesgos para los derechos humanos relacionados con la seguridad y a tomar medidas para mitigarlos. Se establecieron en el año 2000 para hacer frente a los problemas que enfrentan las empresas petroleras y mineras para mantener la seguridad de sus operaciones, y proteger al mismo tiempo los derechos humanos. Los Principios, que llevan más de 20 años siendo de utilidad para los círculos empresariales, tienen un historial prometedor en lo que respecta a la diligencia debida en materia de derechos humanos y la vigilancia de los riesgos en el sector minero. Cuando proceda, las empresas de la industria minera deberían incluirlos como disposiciones en los contratos con empresas privadas de servicios de seguridad y velar por que el personal de estas reciba una capacitación adecuada para respetar los derechos de los empleados y de las comunidades locales.

Sistemas de certificación y códigos de mitigación de riesgos

Los sistemas y normas de certificación se han utilizado para aumentar la transparencia de las cadenas de suministro. Pueden ofrecer a los consumidores la oportunidad de garantizar que no contribuyen con sus compras a la violación de los derechos humanos, a los conflictos ni a poner en peligro el desarrollo sostenible. Se anima a los Estados a elaborar nuevos sistemas de certificación para los metales y minerales y a apoyar los ya existentes, así como a alentar a los mineros artesanales y en pequeña escala a adherirse a ellos.

Algunos de los líderes en este campo son los estándares Fairmined y Fairtrade[h, i] para el oro, cuyo objetivo es fomentar las prácticas mineras responsables y apoyar a los mineros artesanales y en pequeña escala mediante la formalización y la profesionalización del sector y su integración en el comercio mundial legítimo[j]. Los mineros artesanales y en pequeña escala participantes obtienen un mejor precio por los metales que venden gracias a la exportación directa, que evita que recurran a intermediarios y les ofrece beneficios fiscales[k]. A cambio, las organizaciones certificadas de mineros artesanales y en pequeña escala se comprometen a seguir prácticas mineras legales, seguras y social y ambientalmente responsables y pueden decidir colectivamente cómo gastar la prima que reciben por la venta de sus metales certificados[l].

[a] A efectos de la presente guía, el término "cadena de suministro de minerales" se define como el sistema de actividades, organizaciones, actores, tecnologías, información, recursos y servicios involucrados en el movimiento del mineral desde el sitio de extracción hasta su incorporación al producto final para el consumidor (adaptada de OCDE, *Guía de diligencia debida de la OCDE*, pág. 13).

[b] Por "fases finales" se entiende cualquier parte de la cadena de suministro de minerales relacionada con el procesamiento de los minerales recogidos durante las fases iniciales en un producto acabado y su entrega a los minoristas.

[c] Por "fases iniciales" se entiende cualquier parte de la cadena de suministro de minerales relacionada con la extracción de metales y minerales.

[d] Marissa Ooms, "Risk-based due diligence reporting in global mineral supply chains and the rule through transparency", *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 10, núm. 1 (enero de 2022), págs. 48 a 66.

[e] OCDE, *Guía de diligencia debida de la OCDE*, pág. 12.

[f] Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas, Hoja de datos de la EITI, "El estándar global para la buena gobernanza del petróleo, gas y recursos minerales" (marzo de 2022).

[g] Pueden consultarse en **www.voluntaryprinciples.org/**.

[h] Puede consultarse en **https://fairmined.org/**.

[i] Puede consultarse en **https://fairgold.org/**.

[j] Morgane Fritz *et al.*, *Global Trends in Artisanal and Small-Scale Mining (ASM): A Review of Key Numbers and Issues*, informe preparado para el Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (s. l., International Institute for Environment and Development, 2018), pág. 44.

[k] Natalia Uribe Martínez, Jim Sanchez Gonzalez y Lorenzo Pellegrini, "The impact of the Fairmined certification on the well-being of small-scale miners: evidence from Colombia and Peru", *The Extractive Industries and Society*, vol. 8, núm. 4, art. 100997 (diciembre de 2021), y Peter Oakley, "Searching for pure gold: the impact of ethical gold sourcing certification programmes in the UK and Switzerland", *Environmental Science and Policy*, vol. 132 (2022), págs. 101 a 108.

[l] Oakley, "Searching for pure gold", pág. 103.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: DECRETO 1400 DE 2012

Artículo 1. Establecimiento

Establézcase el Punto Nacional de Contacto de Colombia ("Punto Nacional de Contacto" o PNC) en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Dirección de Inversión Extranjera y Servicios.

Las actuaciones del Punto Nacional de Contacto se regirán por lo dispuesto en las Directrices de la OCDE así como por lo establecido en el presente decreto.

Artículo 2. Finalidad

El Punto Nacional de Contacto promoverá el conocimiento y la eficacia de las Directrices entre las entidades y organismos estatales, el sector empresarial, las organizaciones sindicales, las organizaciones no gubernamentales y demás actores interesados.

Artículo 3. Funciones

El Punto Nacional de Contacto tendrá las siguientes funciones:

a) dar a conocer y difundir las Directrices entre las entidades y organismos estatales, el sector empresarial, las organizaciones sindicales, las organizaciones no gubernamentales y demás actores interesados;

b) examinar los casos específicos que surjan en relación con la aplicación de las Directrices por parte de una empresa multinacional en Colombia, de conformidad con el procedimiento establecido en la Sección II de este Decreto;

c) contribuir a la resolución de los casos específicos que surjan en relación con la aplicación de las Directrices, de manera imparcial, previsible, equitativa y compatible con los principios y normas de las Directrices;

d) servir de foro de discusión, ayudando a las partes interesadas a resolver los problemas planteados en los casos específicos, de manera eficiente, oportuna y de conformidad con las Directrices;

e) cooperar con los Puntos Nacionales de Contacto de los demás países adherentes a las Directrices;

f) preparar y enviar el informe anual al Comité de Inversiones de la OCDE sobre el funcionamiento del Punto Nacional de Contacto;

g) notificar oportunamente al Comité de Inversiones de la OCDE los resultados de los procedimientos específicos que haya puesto en marcha para la solución de un caso;

h) responder oportunamente las consultas acerca de las Directrices formuladas por otros Puntos Nacionales de Contacto, el sector empresarial, las organizaciones sindicales, las organizaciones no gubernamentales, los gobiernos de los países que no hayan suscrito las Directrices y demás interesados;

i) participar como Punto Nacional de Contacto de Colombia en todas las instancias en que sea necesario;

j) las demás funciones inherentes a la naturaleza y fines del Punto Nacional de Contacto.

El Punto Nacional de Contacto ejercerá sus funciones de acuerdo con los criterios de imparcialidad, visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad, establecidos en las Directrices.

EJEMPLO NACIONAL

MALÍ: CÓDIGO DE MINERÍA DE 2019

Artículo 6. Malí reafirma su compromiso con las iniciativas de buena gobernanza en el sector minero, incluidos el Proceso de Kimberley, la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas y el Convenio de Minamata.

Artículo 24. Quien sea titular de un permiso minero debe cumplir los principios y requisitos de ética y buena gobernanza establecidos por la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas y el Proceso de Kimberley, así como las mejores prácticas establecidas por el Convenio de Minamata.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1336, QUE ESTABLECE DISPOSICIONES PARA EL PROCESO DE FORMALIZACIÓN MINERA INTEGRAL

Artículo 22. Creación del sello "Oro formal, Oro Peruano"

22.1 Créase el sello denominado "Oro formal, Oro Peruano", con la finalidad de incentivar la compra de oro a los sujetos que forman parte del presente proceso de formalización minera integral y garantizar la trazabilidad del mineral aurífero extraído.

22.2 La administración del sello denominado "Oro formal, Oro Peruano" estará a cargo del Ministerio de Energía y Minas.

22.3 Las normas reglamentarias del sello denominado "Oro formal, Oro Peruano" son establecidas mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministerio de Energía y Minas y por el Ministerio de Economía y Finanzas.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Código para la Mitigación de Riesgos en la Minería Artesanal y de Pequeña Escala, Formando Cadenas Transparentes y Legales

La Alianza por la Minería Responsable y la organización no gubernamental RESOLVE elaboraron un código para fomentar un abastecimiento más responsable a partir de proveedores que sean mineros artesanales, y contribuir al mismo tiempo a mejorar los resultados sociales y ambientales del sector. El Código para la Mitigación de Riesgos en la Minería Artesanal y de Pequeña Escala, Formando Cadenas Transparentes y Legales (CRAFT)[a] se ajusta a los riesgos prioritarios en lo tocante a respetar los derechos humanos y evitar financiar conflictos en cada etapa de la cadena de suministro y ayuda a los productores artesanales y en pequeña escala legítimos que lo aplican a entender las expectativas del mercado en materia de diligencia debida, así como a adoptar un sistema de gestión de riesgos a medida que se comprometen con la producción responsable de minerales y metales de conformidad con la *Guía de diligencia debida de la OCDE* y los mejores esfuerzos y prácticas de la industria.

Como parte de los requisitos del CRAFT, los mineros evalúan periódicamente la presencia de tortura, trabajo forzoso, violencia sexual generalizada, la influencia de agentes armados en las cadenas de suministro, extorsión, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario. Eso es aplicable a los lugares de extracción, las plantas de procesamiento, las rutas de transporte y los socios comerciales locales.

[a] Puede consultarse en **www.craftmines.org/en/**. Véase también Natalia Uribe, "Gestión de riesgos en materia de debida diligencia a través de CRAFT y Fairmined", Alianza por la Minería Responsable, 12 de noviembre de 2021.

Dificultades para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas

Puede ser difícil establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos, incluidos los de minería ilegal y tráfico de metales y minerales. En la presente sección se examinan brevemente algunos de los problemas más comunes relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas.

Una de las principales dificultades al establecer la responsabilidad de las personas jurídicas es la necesidad de atribuir responsabilidades a una entidad colectiva. Puesto que una persona jurídica solo puede actuar a través de personas naturales, es necesario elaborar mecanismos que permitan atribuir culpabilidad a una organización. Aunque esto puede ser relativamente sencillo en el caso de una conducta material/objetiva, la atribución de estados mentales tales como la "intención" o el "conocimiento" es más compleja. En líneas generales, existen dos modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: la responsabilidad "nominalista" (o "derivada") y la "culpa orgánica".

La teoría nominalista de la responsabilidad afirma que, puesto que una persona jurídica es un constructo jurídico que solo puede actuar a través de individuos, la responsabilidad de la entidad depende de la responsabilidad de los individuos (es decir, de las personas físicas). Por ejemplo, una empresa puede ser considerada responsable de un delito cometido por uno de sus altos cargos o empleados. Esta responsabilidad se considera "derivada", porque vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la del individuo; no intenta hacer recaer la culpa en la propia organización. La responsabilidad derivada tiene la ventaja de ser relativamente sencilla. Encaja bien en el modelo tradicional de derecho penal, que se centra en los actos y estados mentales de una persona física como sustituto de la culpa de la persona jurídica. Sin embargo, según este modelo, una persona jurídica eludirá la responsabilidad si no se puede establecer la culpa en relación con una persona física pertinente. Eso plantea problemas especialmente en las organizaciones grandes, donde la responsabilidad es difusa y la responsabilidad individual puede ser difícil de probar.

Según la doctrina de la "culpa orgánica", en lugar de considerar que la persona jurídica es responsable por conducto de sus empleados, de manera que se mantiene el principio de responsabilidad personal de las personas jurídicas, se aplica el enfoque de atribuir la culpa a las personas jurídicas como portadoras de responsabilidad por derecho propio, tanto por los errores que cometan como por la conducta indebida de sus agentes. Este enfoque se basa en el principio *respondeat superior* ("que responda el superior"), según el cual una persona jurídica es responsable penalmente de la conducta ilícita de cada uno de los empleados o agentes que actúan en el ámbito de su empleo o agencia. Los Estados deberían estudiar la posibilidad de aprobar disposiciones legislativas que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas de manera que la necesidad de una aplicación efectiva se combine con la necesidad de atribuir la culpa orgánica.

Otra dificultad es la de determinar la "nacionalidad" de la persona jurídica a los efectos de establecer la jurisdicción competente. Como una persona jurídica no puede ser extraditada, cabe sostener que el Estado en que está radicada tiene la responsabilidad especial de enjuiciarla por estar bajo su jurisdicción. Esto es particularmente importante en los casos en que en un Estado no se pueden celebrar audiencias sin la "presencia" personal del demandado o acusado. Un criterio para establecer la jurisdicción en esos casos se basa en la "nacionalidad" de la persona jurídica (es decir, el principio de personalidad activa)[102]. Aunque no existe una base universal para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, dos medidas comunes son el lugar de constitución en sociedad y el lugar en que se encuentra el establecimiento principal. Según el primer enfoque, el domicilio o la residencia de las personas físicas que controlan la empresa se utiliza para determinar la nacionalidad de la persona jurídica. El segundo enfoque establece que la nacionalidad de la persona jurídica debe determinarse atendiendo a criterios como la ley en virtud de la cual se constituyó la empresa, el lugar donde se celebraron sus reuniones de accionistas o directores y la ubicación de las operaciones comerciales principales o de la oficina o las oficinas centrales.

Otra dificultad para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas es el uso de estructuras empresariales complejas. En muchos casos, las personas jurídicas hacen uso de estas estructuras y actúan a través de

[102] Véase la sección del capítulo 2 titulada "Jurisdicción".

filiales y otras entidades relacionadas, cada una de las cuales puede tener personalidad jurídica propia. En los casos en que esas estructuras complejas se utilizan para cometer un delito, no solo puede plantear dificultades la investigación del delito, sino también determinar quién es el acusado. Las dificultades aumentan en los casos en que las estructuras empresariales abarcan varias jurisdicciones. Se sabe que las personas jurídicas se aprovechan de las lagunas jurisdiccionales para eludir el enjuiciamiento. Por consiguiente, las instancias legisladoras deberían estudiar la manera de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el papel desempeñado en los delitos cometidos por organizaciones relacionadas. Por ejemplo, en una investigación sobre el tráfico de metales o minerales se puede implicar a una empresa matriz en actos delictivos cometidos por una filial. Hay casos en que se puede establecer la responsabilidad de la empresa matriz por ser cómplice del delito, o por conspirar para cometerlo o formar parte de una asociación delictiva. Como alternativa, se puede atribuir la responsabilidad a la empresa matriz sobre la base de que controla a la otra entidad. La responsabilidad también podría establecerse atendiendo al conocimiento por una persona jurídica de que se ha cometido un delito en su nombre o en su beneficio, o cuando la empresa no adopte ni aplique de forma efectiva la diligencia debida para evitar que una filial u otra entidad relacionada cometa un delito. A continuación se presenta un pasaje de la legislación de Francia que ilustra la manera en que los actos de las filiales pueden incluirse en las disposiciones para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas.

EJEMPLO NACIONAL

FRANCIA: CÓDIGO PENAL (1992)

Artículo 121-2

Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre por sus órganos o representantes, conforme a los artículos 121-4 a 121-7.

Sin embargo, las autoridades públicas locales y sus asociaciones solo serán responsables penalmente de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos, con sujeción a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 121-3.

Capítulo 4.

INVESTIGACIÓN

La tipificación como delitos de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales no puede servir por sí sola como elemento disuasorio eficaz. Para prevenir y combatir eficazmente esos delitos, los Estados deben establecer un régimen eficaz de investigación, lo cual requiere otorgar a los agentes del orden encargados de investigar la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales las facultades necesarias para que desempeñen sus funciones de manera eficaz y oportuna. En el presente capítulo se abordan cuatro temas relacionados con la investigación de los delitos contemplados en la presente guía: *a)* las facultades generales de investigación; *b)* las técnicas especiales de investigación; *c)* la incautación y el decomiso; y *d)* las pruebas.

FACULTADES GENERALES DE INVESTIGACIÓN

Los agentes que participen en la investigación de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales pueden ser agentes de la autoridad, agentes de protección de la fauna y la flora silvestres y funcionarios de unidades de inteligencia financiera y de grupos de trabajo interinstitucionales. Las facultades idóneas para cada uno de esos tipos de agentes variarán necesariamente, pero podrían incluir lo siguiente:

- identificación y registro de personas, vehículos, embarcaciones u otros medios de transporte;
- entrada en locales y registro de estos;
- incautación de armas, equipo, artefactos o sustancias químicas que se sospeche que estén relacionados con la comisión de un delito;
- incautación de recursos minerales que se sospeche que estén relacionados con la comisión de un delito;
- interrogatorio de testigos, presuntos delincuentes y otras personas de interés;
- requerimiento de que se presenten documentos y poder examinarlos;
- toma de fotografías y grabación de audiovisuales de una cosa o un lugar que se sospeche que esté relacionado con la comisión de un delito;
- gestión de escenas del delito;
- incautación y análisis de teléfonos, computadoras y dispositivos similares que se encuentren en posesión de presuntos delincuentes;
- solicitud de información forense a laboratorios especializados;

- cuando proceda, compeler a las personas a responder preguntas o a presentar documentación pertinente para la investigación de un delito;
- solicitud de acceso a registros bancarios y financieros;
- solicitud de acceso a registros de telecomunicaciones;
- solicitud de utilización de técnicas especiales de investigación, como escuchas telefónicas, entregas vigiladas e investigaciones encubiertas;
- solicitud de suspensión, modificación y revocación de licencias, permisos, certificados u otros documentos pertinentes concedidos a presuntos delincuentes;
- intercambio de información con organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley;
- coordinación de investigaciones conjuntas;
- solicitud del embargo preventivo de activos.

Los procedimientos para ejercer esas facultades pueden variar de un Estado a otro. Puede ser conveniente o necesario que los Estados restrinjan esas facultades para que únicamente puedan ser ejercidas bajo la supervisión de un juez o, en algunos casos, de un agente de la autoridad de rango superior. Por ejemplo, tal vez sea necesaria una orden judicial u otro mandamiento de un juez para poder ejercer ciertas facultades de registro, entrada e incautación, facultades de embargo preventivo de activos y facultades para utilizar técnicas especiales de investigación, como escuchas telefónicas, entregas vigiladas e investigaciones encubiertas. Además, tal vez sea necesario establecer un marco adecuado a fin de facilitar la coordinación a nivel regional, nacional e internacional para garantizar la efectividad de las facultades, mandatos y competencias mencionados, pues estos pueden recaer en un amplio abanico de instituciones.

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Según el artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas. Cuando sea compatible con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos, y en la medida de lo posible, los Estados deberían garantizar que las técnicas especiales de investigación se apliquen en las investigaciones de casos graves de minería ilegal y tráfico de metales y minerales. En los casos en que la legislación nacional vigente no permita que los organismos encargados de hacer cumplir la ley que investigan los delitos graves contemplados en la presente guía utilicen técnicas especiales de investigación, los Estados deberían considerar la posibilidad de incluir en la legislación sobre minería disposiciones que posibiliten su utilización.

Hay muchos tipos distintos de técnicas especiales de investigación. En el artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se menciona específicamente la utilización de las entregas vigiladas, las operaciones encubiertas y la vigilancia electrónica o de otra índole por las autoridades competentes de un Estado en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

La entrega vigilada es útil cuando el contrabando se detecta o intercepta en tránsito para luego entregarse bajo la vigilancia de una autoridad competente a fin de descubrir quiénes son los beneficiarios o de rastrear los cauces de distribución de toda una organización delictiva. A menudo se requieren disposiciones legislativas para permitir ese tipo de actividad porque la distribución del contrabando por un organismo encargado de hacer cumplir la ley u otra persona podría constituir un delito con arreglo al derecho interno[103].

Un agente de las fuerzas del orden u otra persona puede infiltrarse en una organización delictiva como parte de una operación encubierta y obtener pruebas que influyan de manera favorable en el curso de una

[103] UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, párr. 443.

investigación. Por último, la vigilancia electrónica en forma de dispositivos de escucha o interceptación de las comunicaciones resulta preferible cuando es inviable infiltrar a una persona en un grupo delictivo muy unido o cuando la infiltración o la vigilancia físicas representen un riesgo inaceptable para la investigación o la seguridad de los agentes encubiertos. Dado su carácter invasivo, la vigilancia electrónica está por lo general sujeta a un estricto control judicial y a numerosas protecciones legales para prevenir su uso indebido[104].

En esta sección se desarrollan las disposiciones legislativas modelo relativas a las diferentes técnicas especiales de investigación que podrían utilizarse para contrarrestar los delitos de minería ilegal. Las técnicas contempladas suelen requerir una base legislativa, sin la cual no pueden ser autorizadas por la ley. Además, las disposiciones deberían tener plenamente en cuenta los derechos de los sospechosos y de terceros. Al redactar las disposiciones pertinentes deberían tenerse en cuenta las decisiones de los órganos y tribunales internacionales de derechos humanos sobre la permisibilidad de las técnicas especiales de investigación y los parámetros de esas medidas. En vista de ello, la mayoría de las jurisdicciones prevén varias garantías estrictas contra el abuso, incluido el requisito de que el delito sea grave, que el empleo de la técnica sea esencial para la causa y que no puedan reunirse pruebas esenciales por medios menos intrusivos. Por consiguiente, las disposiciones legislativas modelo relativas a las técnicas especiales de investigación que figuran a continuación incluyen el requisito de que la autoridad que las autoriza esté convencida, por motivos razonables, de que la naturaleza y el alcance de la actividad delictiva justifican el uso de la técnica especial de investigación.

En general, en relación con cada una de las técnicas especiales de investigación, quienes redactan los textos legislativos habrán de tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- el mecanismo para la aprobación de la técnica;
- el umbral para la concesión de la aprobación;
- las condiciones para el uso de la técnica;
- la medida en que los funcionarios que utilicen técnicas especiales de investigación quedarán protegidos frente a la responsabilidad civil y penal;
- la utilización de las pruebas obtenidas mediante esa técnica;
- la medida en que puede divulgarse esa información;
- los mecanismos de supervisión, examen y control;
- la cooperación internacional;
- el posible impacto en terceros.

Habida cuenta del alcance de la presente guía, no procede hacer un examen exhaustivo de las cuestiones legislativas relacionadas con las técnicas especiales de investigación. Para obtener más información sobre este tema, véase el capítulo III de las *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada* (segunda edición, 2021).

Entrega vigilada

En virtud del artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, permitirán el adecuado recurso a la entrega vigilada con objeto de combatir la delincuencia organizada. La disposición modelo 17 se refiere al recurso a las entregas vigiladas en las investigaciones de delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales.

[104] *Ibid.*, párr. 445.

DISPOSICIÓN MODELO 17
ENTREGA VIGILADA

1. Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…], por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas entren en el territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*], lo atraviesen, circulen por él o salgan de él, con el conocimiento y bajo la supervisión de [*introdúzcase la autoridad competente*], con el fin de investigar los delitos a los que se refiere [la presente ley/el presente capítulo/…] y averiguar quiénes son las personas involucradas en su comisión.

2. Una entrega vigilada en virtud del párrafo 1 solo será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

3. Una entrega vigilada puede ser autorizada por [*introdúzcase el funcionario o la oficina designada, como el jefe y el jefe adjunto del organismo policial competente, el fiscal, el juez de instrucción o el juez encargado de la investigación preliminar*] (la "autoridad que concede la autorización") a petición de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley [o fiscal].

4. La solicitud para llevar a cabo una entrega vigilada puede hacerse por [*introdúzcase la vía por la que debe presentarse la solicitud*]. La autoridad que concede la autorización debe conservar un registro escrito de la solicitud y de la decisión que se tome posteriormente en virtud del párrafo 6.

5. La solicitud para realizar una entrega vigilada debe incluir:

a) toda la información disponible sobre el envío y su destino;

b) si el mismo asunto ha sido objeto de una solicitud anterior; y

c) [*introdúzcanse los requisitos adicionales que procedan/se requieran*].

6. Una vez examinada la solicitud, la autoridad que concede la autorización podrá:

a) autorizar la entrega vigilada de forma incondicional;

b) autorizar la entrega vigilada bajo ciertas condiciones, incluso con respecto al tipo y la magnitud de la sustitución de la mercancía enviada; o

c) denegar la solicitud de realizar la entrega vigilada.

7. La autoridad que concede la autorización no deberá aprobar la solicitud a menos que tenga motivos razonables para creer que

a) se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito al que se apliquen las disposiciones de [la presente ley/el presente capítulo/…];

b) la naturaleza y la magnitud de la presunta actividad delictiva justifican la realización de la entrega vigilada;

c) cualquier actividad ilegal se limitará al mínimo necesario para lograr los objetivos de la entrega vigilada;

d) la entrega vigilada se llevará a cabo de manera que se garantice que, en la mayor medida posible, las mercancías ilícitas objeto de la entrega vigilada estarán bajo el control de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley al finalizar la entrega;

e) la entrega vigilada no se llevará a cabo de forma que sea probable que se induzca a una persona a cometer un delito que, en otro caso, no hubiera tenido intención de cometer; y

f) cualquier conducta relacionada con la entrega vigilada no causará la muerte o lesiones graves a ninguna persona ni pondrá en grave peligro la vida, la salud o la seguridad de ninguna persona.

8. La autoridad que concede la autorización revocará la autorización concedida en virtud del párrafo 6 si deja de estar convencida, por motivos razonables, de los aspectos mencionados en el párrafo 7.

9. La autoridad que concede la autorización cancelará una autorización concedida en virtud del párrafo 6 cuando reciba una solicitud de cancelación del solicitante.

10. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley u otra persona autorizada que ejecute la conducta autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo no estará sujeto/a a responsabilidad civil o penal por esa conducta.

11. La autoridad que concede la autorización informará anualmente [al Parlamento/a la comisión parlamentaria/al público, etc.] sobre el número de solicitudes recibidas en virtud de este artículo y el número respectivo de autorizaciones aprobadas, denegadas, revocadas y canceladas en virtud de este artículo.

Operaciones encubiertas

En virtud del artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y cuando resulte apropiado, los Estados partes tienen la obligación de permitir la utilización de operaciones encubiertas en su territorio con objeto de combatir la delincuencia organizada.

La disposición modelo 18 regula la utilización de investigaciones encubiertas. Además del proceso de solicitud y autorización de las investigaciones encubiertas que se expone en la disposición, es esencial que quienes redactan los textos legislativos consideren la cuestión de si las pruebas obtenidas a través de las investigaciones encubiertas pueden presentarse en los tribunales y, en caso afirmativo, si el investigador encubierto debe revelar su identidad real o si puede testificar por medios especiales para protegerla.

DISPOSICIÓN MODELO 18
OPERACIONES ENCUBIERTAS

1. Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…], por "operación encubierta" se entenderá una investigación en la que se recurre a uno o varios funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [u otras personas autorizadas por [*introdúzcase el organismo encargado de hacer cumplir la ley*]] que, con el fin de investigar un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…], no revelan ni desvelan su cargo oficial ni su mandato.

2. Una investigación encubierta en virtud del párrafo 1 solo será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

3. Una investigación encubierta puede ser autorizada por [*introdúzcase el funcionario o la oficina designada, como el jefe y el jefe adjunto del organismo policial competente, el fiscal, el juez de instrucción o el juez encargado de la investigación preliminar*] (la "autoridad que concede la autorización") a petición de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley [o fiscal].

4. La solicitud para llevar a cabo una investigación encubierta puede hacerse por [*introdúzcase la vía por la que debe presentarse la solicitud*]. La autoridad que concede la autorización debe conservar un registro escrito de la solicitud y de la decisión que se tome posteriormente en virtud del párrafo 6.

5. La solicitud para realizar una investigación encubierta debe incluir:
   a) el período para el que se solicita la autorización;
   b) si el mismo asunto ha sido objeto de una solicitud anterior; y
   c) [*introdúzcanse los requisitos adicionales que procedan/se requieran*].

6. Una vez examinada la solicitud, la autoridad que concede la autorización podrá:
   a) autorizar la investigación encubierta de forma incondicional;
   b) autorizar la investigación encubierta con condiciones; o

OPERACIONES ENCUBIERTAS (*continuación*)

c) denegar la solicitud de realizar la investigación encubierta.

7. La autoridad que concede la autorización no deberá aprobar la solicitud a menos que tenga motivos razonables para creer que

a) se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito al que se apliquen las disposiciones de [la presente ley/el presente capítulo/…];

b) la naturaleza y la magnitud de la presunta actividad delictiva justifican la realización de una investigación encubierta;

c) cualquier actividad ilegal se limitará al mínimo necesario para lograr los objetivos de la investigación encubierta;

d) la investigación encubierta no se llevará a cabo de forma que sea probable que se induzca a una persona a cometer un delito que, en otro caso, no hubiera tenido intención de cometer; y

e) cualquier conducta relacionada con la investigación encubierta no causará la muerte o lesiones graves a ninguna persona ni pondrá en grave peligro la vida, la salud o la seguridad de ninguna persona.

8. La autorización deberá especificar el período de tiempo para el que se autoriza la investigación encubierta, que en cualquier caso no será superior a [*introdúzcase el período de tiempo apropiado*]. La autorización podrá prorrogarse cuando así se solicite.

9. La autoridad que concede la autorización revocará la autorización concedida en virtud del párrafo 6 si deja de estar convencida, por motivos razonables, de los aspectos mencionados en el párrafo 7.

10. La autoridad que concede la autorización cancelará una autorización concedida en virtud del párrafo 6 cuando reciba una solicitud de cancelación del solicitante.

11. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley u otra persona autorizada que ejecute la conducta autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo no estará sujeto/a a responsabilidad civil o penal por esa conducta.

12. La autoridad que concede la autorización informará anualmente [al Parlamento/a la comisión parlamentaria/al público] sobre el número de solicitudes recibidas en virtud de este artículo y el número respectivo de autorizaciones aprobadas, denegadas, revocadas y canceladas en virtud de este artículo.

Identidades falsas

En virtud del artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y cuando resulte apropiado, los Estados partes tienen la obligación de permitir la utilización de técnicas especiales de investigación, que pueden incluir el recurso a identidades falsas. La disposición modelo 19, que figura a continuación, se refiere al recurso a identidades falsas con fines de investigación.

Cabe señalar que quienes redactan los textos legislativos deberían considerar la forma en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley u otras personas autorizadas que utilicen una identidad falsa pueden prestar testimonio en los juicios penales. En particular, el procedimiento relativo a la prestación de testimonio debería garantizar que este pueda prestarse de manera que se proteja adecuadamente la identidad del funcionario o de otra persona autorizada y que no sea perjudicial para el desarrollo de las investigaciones en curso, respetando al mismo tiempo los derechos de la defensa y, en particular, el derecho a un juicio imparcial.

DISPOSICIÓN MODELO 19
IDENTIDADES FALSAS

1. Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…], por "identidad falsa" se entenderá una identidad falsa o modificada creada, adquirida o utilizada por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [u otras personas autorizadas por [*introdúzcase el organismo encargado de hacer cumplir la ley o la autoridad judicial*]] para establecer contacto y crear una relación de confianza con otra persona o infiltrarse en una red delictiva con el fin de investigar un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…].

2. La creación, adquisición y utilización de una identidad falsa en virtud del párrafo 1 solo será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

3. La creación, adquisición y utilización de una identidad falsa puede ser autorizada por [*introdúzcase el funcionario o la oficina designada, como el jefe y el jefe adjunto del organismo policial competente, el fiscal, el juez de instrucción o el juez encargado de la investigación preliminar*] (la "autoridad que concede la autorización") a petición de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley [o fiscal].

4. La solicitud de creación, adquisición y utilización de una identidad falsa puede realizarse mediante [*introdúzcase la vía por la que debe presentarse la solicitud*]. La autoridad que concede la autorización debe conservar un registro escrito de la solicitud y de la decisión que se tome posteriormente en virtud del párrafo 6.

5. En la solicitud de creación, adquisición y utilización de una identidad falsa se debe indicar lo siguiente:

a) detalles de la identidad falsa propuesta;

b) el período para el que se solicita la autorización;

c) si el mismo asunto ha sido objeto de una solicitud anterior; y

d) [*introdúzcanse los requisitos adicionales que procedan/se requieran*].

6. Una vez examinada la solicitud, la autoridad que concede la autorización podrá:

a) autorizar la creación, adquisición y utilización de una identidad falsa de forma incondicional;

b) autorizar la creación, adquisición y utilización de una identidad falsa con condiciones; o

c) denegar la solicitud de creación, adquisición y utilización de una identidad falsa.

7. La autoridad que concede la autorización no deberá aprobar la solicitud a menos que tenga motivos razonables para creer que

a) se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito al que se apliquen las disposiciones de [la presente ley/el presente capítulo/…];

b) la naturaleza y la magnitud de la presunta actividad delictiva justifican la utilización de una identidad falsa;

c) la identidad falsa no se utilizará de forma que sea probable que se induzca a una persona a cometer un delito que, en otro caso, no hubiera tenido intención de cometer; y

d) ninguna conducta relacionada con el uso de la identidad falsa causará la muerte o lesiones graves a ninguna persona ni pondrá en grave peligro la vida, la salud o la seguridad de ninguna persona.

8. La autorización deberá especificar el período de tiempo para el que se autoriza la creación, adquisición y utilización de la identidad falsa, que en cualquier caso no será superior a [*introdúzcase el período de tiempo apropiado*]. La autorización podrá prorrogarse cuando así se solicite.

9. La autoridad que concede la autorización revocará la autorización concedida en virtud del párrafo 6 si deja de estar convencida, por motivos razonables, de los aspectos mencionados en el párrafo 7.

10. La autoridad que concede la autorización cancelará una autorización concedida en virtud del párrafo 6 cuando reciba una solicitud de cancelación del solicitante.

IDENTIDADES FALSAS [*continuación*]

11. Una persona que actúe en virtud de una autorización para crear, adquirir o utilizar una identidad falsa podrá solicitar asistencia a los funcionarios u organismos pertinentes para obtener pruebas de una identidad falsa, incluidos los documentos de identidad y otros documentos probatorios, que hayan sido aprobados en virtud de este artículo. No obstante lo establecido en otras leyes, un funcionario u organismo podrá crear o proporcionar pruebas que corroboren una identidad falsa en respuesta a una petición formulada con arreglo a lo establecido en el presente artículo.

12. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley u otra persona autorizada que ejecute la conducta autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo no estará sujeto/a a responsabilidad civil o penal por esa conducta.

13. La autoridad que concede la autorización informará anualmente [al Parlamento/a la comisión parlamentaria/al público] sobre el número de solicitudes recibidas en virtud de este artículo y el número respectivo de autorizaciones aprobadas, denegadas, revocadas y canceladas en virtud de este artículo.

Vigilancia de personas

En virtud del artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y cuando resulte apropiado, los Estados partes tienen la obligación de permitir la vigilancia de personas en su territorio, incluida la vigilancia electrónica, con objeto de combatir la delincuencia organizada.

La disposición modelo 20, que figura a continuación, regula el recurso a la vigilancia de personas.

DISPOSICIÓN MODELO 20
VIGILANCIA DE PERSONAS

1. Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…], por "vigilancia de personas" se entenderá la observación de personas, por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, con el fin de investigar un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] que se haya cometido, se esté cometiendo o se pueda cometer.

2. La vigilancia de personas en virtud del párrafo 1 solo será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

3. La vigilancia de personas puede ser autorizada por [*introdúzcase el funcionario o la oficina designada, como el jefe y el jefe adjunto del organismo policial competente, el fiscal, el juez de instrucción o el juez encargado de la investigación preliminar*] (la "autoridad que concede la autorización") a petición de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley [o fiscal].

4. La solicitud para llevar a cabo la vigilancia de personas puede hacerse por [*introdúzcase la vía por la que debe presentarse la solicitud*]. La autoridad que concede la autorización debe conservar un registro escrito de la solicitud y de la decisión que se tome posteriormente en virtud del párrafo 6.

5. En la solicitud de autorización de la vigilancia de personas debe constar:
   a) el período para el que se solicita la autorización;
   b) si el mismo asunto ha sido objeto de una solicitud anterior; y
   c) [*introdúzcanse los requisitos adicionales que procedan/se requieran*].

6. Una vez examinada la solicitud, la autoridad que concede la autorización podrá:

a) autorizar la vigilancia de personas de forma incondicional;

b) autorizar la vigilancia de personas con condiciones; o

c) denegar la solicitud de vigilancia de personas.

7. La autoridad que concede la autorización no deberá aprobar la solicitud para llevar a cabo la vigilancia de personas a menos que tenga motivos razonables para creer que:

a) se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito al que se apliquen las disposiciones de [la presente ley/el presente capítulo/…];

b) la naturaleza y la magnitud de la presunta actividad delictiva justifican la vigilancia de personas; y

c) cualquier conducta relacionada con la vigilancia de personas no causará la muerte o lesiones graves a ninguna persona ni pondrá en grave peligro la vida, la salud o la seguridad de ninguna persona.

8. La autorización deberá especificar el período de tiempo para el que se autoriza la vigilancia de personas, que en cualquier caso no será superior a [*introdúzcase el período de tiempo apropiado*]. La autorización podrá prorrogarse cuando así se solicite.

9. La autoridad que concede la autorización revocará la autorización concedida en virtud del párrafo 6 si deja de estar convencida, por motivos razonables, de los aspectos mencionados en el párrafo 7.

10. La autoridad que concede la autorización cancelará una autorización concedida en virtud del párrafo 6 cuando reciba una solicitud de cancelación del solicitante.

11. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley u otra persona autorizada que ejecute la conducta autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo no estará sujeto/a a responsabilidad civil o penal por esa conducta.

Vigilancia electrónica

Respecto a la vigilancia electrónica, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y cuando resulte apropiado, los Estados partes tienen la obligación de permitir la utilización de esta técnica especial de investigación con objeto de combatir la delincuencia organizada. La vigilancia electrónica puede incluir:

- vigilancia de audio (por medios como las escuchas telefónicas, el protocolo de transmisión de voz por Internet y los dispositivos de escucha);
- videovigilancia (por ejemplo, mediante dispositivos de videovigilancia ocultos, sistemas de video en vehículos, dispositivos de video que se llevan puestos, dispositivos de imagen térmica/infrarrojo de barrido frontal, sistemas de circuito cerrado de televisión, imágenes satelitales y sistemas de reconocimiento automático de matrículas);
- vigilancia mediante el seguimiento (por ejemplo, mediante sistemas de navegación por satélite/transpondedores, servicios de mensajes de texto silenciosos y otras tecnologías de seguimiento de teléfonos móviles, dispositivos de identificación por radiofrecuencia y tecnologías de información biométrica, como escáneres de retina);
- vigilancia de datos (incluidos tanto la interceptación de datos de contenido y de tráfico como el uso de medios como programas espía de computadoras/Internet o cookies, teléfonos móviles y registro de las teclas pulsadas).

La disposición modelo 21 regula la utilización de la vigilancia electrónica.

DISPOSICIÓN MODELO 21
VIGILANCIA ELECTRÓNICA

1. Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…], se entiende por "vigilancia electrónica":

   a) la vigilancia, interceptación, copia o manipulación de mensajes, datos o señales transmitidos por medios electrónicos; o

   b) la vigilancia o grabación de actividades por medios electrónicos,

con el fin de investigar un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] que se haya cometido, se esté cometiendo o se pueda cometer.

2. La vigilancia electrónica en virtud del párrafo 1 solo será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

3. La vigilancia electrónica de personas puede ser autorizada por [*introdúzcase el funcionario o la oficina designada, como el jefe y el jefe adjunto del organismo policial competente, el fiscal, el juez de instrucción o el juez encargado de la investigación preliminar*] (la "autoridad que concede la autorización") a petición de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley [o fiscal].

4. La solicitud para llevar a cabo la vigilancia electrónica puede hacerse por [*introdúzcase la vía por la que debe presentarse la solicitud*]. La autoridad que concede la autorización debe conservar un registro escrito de la solicitud y de la decisión que se tome posteriormente en virtud del párrafo 6.

5. En la solicitud de autorización de la vigilancia electrónica debe constar:

   a) el tipo de vigilancia electrónica para la que se solicita autorización;

   b) el período para el que se solicita la autorización;

   c) la naturaleza de la información que esté previsto obtener;

   d) las personas, lugares o dispositivos que hayan de ser objeto de la vigilancia;

   e) las medidas que se hubieran adoptado para garantizar que la intimidad y demás derechos humanos de las personas queden protegidos en la mayor medida posible;

   f) si el mismo asunto ha sido objeto de una solicitud anterior; y

   g) [*introdúzcanse los requisitos adicionales que procedan/se requieran*].

6. Una vez examinada la solicitud, la autoridad que concede la autorización podrá:

   a) autorizar la vigilancia electrónica de forma incondicional;

   b) autorizar la vigilancia electrónica con condiciones; o

   c) denegar la solicitud de vigilancia electrónica.

7. La autoridad que concede la autorización no deberá aprobar la solicitud para llevar a cabo la vigilancia electrónica a menos que tenga motivos razonables para creer que

   a) se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito al que se apliquen las disposiciones de [la presente ley/el presente capítulo/…]; y

   b) la naturaleza y la magnitud de la presunta actividad delictiva son tales que justifican el tipo de vigilancia electrónica para la que se solicita autorización.

8. La autorización deberá especificar el período de tiempo para el que se autoriza la vigilancia electrónica, que en cualquier caso no será superior a [*introdúzcase el período de tiempo apropiado*]. La autorización podrá prorrogarse cuando así se solicite.

9. La autoridad que concede la autorización revocará la autorización concedida en virtud del párrafo 6 si deja de estar convencida, por motivos razonables, de los aspectos mencionados en el párrafo 7.

10. La autoridad que concede la autorización cancelará una autorización concedida en virtud del párrafo 6 cuando reciba una solicitud de cancelación del solicitante.

11. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley u otra persona autorizada que ejecute la conducta autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo no estará sujeto/a a responsabilidad civil o penal por esa conducta.

12. La información obtenida a través de la vigilancia electrónica no debe difundirse fuera [del organismo encargado de hacer cumplir la ley pertinente u otra autoridad competente] sin la aprobación [del jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley u otra autoridad competente o su delegado]. Esa aprobación solo se concederá para los siguientes fines:

a) impedir o perseguir un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…];

b) aumentar la cooperación internacional en materia de prevención de delitos [graves] o enjuiciamiento de sus autores; o

c) asegurar la supervisión apropiada de las actividades del organismo.

13. [El jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley] habrá de velar por que la información que se haya obtenido gracias a la vigilancia electrónica autorizada en el marco de este artículo que no sea de interés para la prevención de un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] o el enjuiciamiento de sus autores se destruya tan pronto como sea posible en la práctica, a más tardar transcurridos [seis] meses desde la expiración de la autorización.

14. La autoridad que concede la autorización informará anualmente [al Parlamento/a la comisión parlamentaria/al público] sobre el número de solicitudes recibidas en virtud de este artículo y el número respectivo de autorizaciones aprobadas, denegadas, revocadas y canceladas en virtud de este artículo.

INCAUTACIÓN Y DECOMISO

En virtud del artículo 12, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes tienen la obligación de adoptar, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso tanto del producto de los delitos comprendidos en la Convención como de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención. En virtud del artículo 12, párrafo 2, los Estados partes deben adoptar las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquiera de esos bienes con miras a su eventual decomiso. En los casos en que eso no esté ya adecuadamente previsto en otras leyes, en la legislación para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se debería prever la incautación y el decomiso de esos bienes y del producto de esos delitos, así como de las pruebas de que se ha cometido un delito. Además, los Estados deben considerar cuáles son los canales adecuados para la disposición de los artículos incautados y decomisados, incluidos los minerales, el equipo y las sustancias químicas. En muchos países se realizan incautaciones de mercurio continuamente, pero las instituciones de justicia penal no suelen tener capacidad para almacenarlo y eliminarlo de forma segura. Los Estados deben elaborar directrices detalladas para las fuerzas del orden sobre la manera en que deben actuar en caso de descubrir sustancias químicas o desechos peligrosos e incautarse de ellos. Una práctica habitual es que las fuerzas del orden no lleven materiales peligrosos a una comisaría (a menos que se necesiten para una investigación o como pruebas), sino que los envíen a lugares e instalaciones especialmente designados donde se pueden almacenar, utilizar o eliminar de forma segura.

La disposición modelo 22 ofrece un modelo para hacer eso. Se basa, en parte, en el artículo 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada y en la definición de "incautación" que figura en el artículo 2 *f)*, pero va más allá de lo establecido en la Convención, pues también se contemplan las incautaciones de pruebas que, de lo contrario, no entrarían en las categorías que pueden incautarse en virtud de la Convención.

En el párrafo 1 de la disposición modelo 22 figura una definición de "incautar" que es una adaptación de la definición de "incautación" que figura en la Convención contra la Delincuencia Organizada. El párrafo 2

establece que un agente encargado de hacer cumplir la ley u otro agente pertinente puede incautarse de un objeto del cual se sospeche de manera razonable que es una prueba de la comisión de un delito contemplado en la presente guía. El párrafo 3 se refiere a la incautación de bienes, equipo e instrumentos y del producto de los delitos contemplados en el artículo 12 de la Convención. Se incluye texto opcional para limitar el ejercicio de las facultades de incautación a situaciones en las que lo haya ordenado un tribunal pertinente o lo haya autorizado un funcionario pertinente. Al determinar quién puede ordenar o autorizar la incautación de bienes, las instancias legisladoras deben encontrar un equilibrio entre la necesidad de proteger los derechos de los acusados y de terceros de buena fe y la necesidad de llevar a cabo investigaciones eficaces. En los casos en que los investigadores no dispongan de suficientes facultades de incautación, es posible que no puedan reunir pruebas para investigar los delitos de minería ilegal y los delitos conexos ni enjuiciar a sus autores con eficacia. Por otro lado, si las facultades de incautación de los investigadores son demasiado amplias y se ejercen sin supervisión y sin que se les exija que rindan cuentas, se corre el riesgo de que se abuse de ellas.

La disposición modelo 22 debe utilizarse como base para la incautación de cualquier mineral o metal, en bruto o refinado y comercializado, que se haya extraído ilegalmente o se haya obtenido, poseído, transportado y distribuido ilegalmente de cualquier otra forma, junto con cualquier documentación que lo acompañe y cualquier instrumento accesorio, como equipo, artefactos o sustancias químicas. Se refiere únicamente a la incautación de pruebas, bienes e instrumentos y del producto de delitos, no a su decomiso. El decomiso se contempla en el capítulo 7 como orden accesoria a la imposición de la pena.

DISPOSICIÓN MODELO 22
INCAUTACIÓN

1) Para los fines de [la presente ley/el presente capítulo/…], por "incautar" se entenderá prohibir temporalmente la transferencia, la conversión, la enajenación o el traslado de un bien, o asumir la custodia o el control temporales de un bien sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente.

2) [Los [*introdúzcase una referencia a los agentes encargados de hacer cumplir la ley y otros agentes pertinentes*]] pueden incautarse de un bien del cual sospechen de manera razonable que es una prueba de la comisión de un delito contemplado en [la presente ley/el presente capítulo/…].

3) [Los [*introdúzcase una referencia a los agentes encargados de hacer cumplir la ley y otros agentes pertinentes*]] pueden [sobre la base de una orden expedida por [*introdúzcase una referencia al tribunal pertinente*] o de una autorización expedida por [*introdúzcase una referencia al funcionario pertinente*]] incautarse de lo siguiente:

a) bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para cometer un delito contemplado en [la presente ley/el presente capítulo/…];

b) el producto de un delito contemplado en [la presente ley/el presente capítulo/…] o bienes resultantes de la transformación o conversión de dicho producto, independientemente de que dicho producto o dichos bienes se hayan mezclado con un producto o con bienes adquiridos de una fuente legítima; o

c) ingresos u otros beneficios derivados del producto o de los bienes a que se hace referencia en el apartado *b)*.

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: CÓDIGO DE MINAS DE 2001

Artículo 161. Decomiso

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

PRUEBAS

Desde el punto de vista jurídico, las pruebas se refieren al material que se presenta ante un tribunal durante un juicio para que quien determina una cuestión de hecho (es decir, el juez o el jurado) adopte una decisión sobre las cuestiones que se someten a su consideración. Pueden consistir en lo siguiente:

- testimonio oral;
- pruebas documentales (por ejemplo, copias de contratos, facturas y declaraciones, así como fotografías y videos);
- pruebas reales (objetos pertinentes, como muestras).

Las normas que rigen la pertinencia y la admisibilidad de las pruebas rigen la forma en que se obtienen, se tratan y se reciben estas en los tribunales. Las instancias legisladoras deben velar por que las leyes nacionales relativas a las pruebas se adapten de forma adecuada para tratar la obtención, la utilización y la admisibilidad de los elementos de prueba pertinentes. Una cuestión que merece la pena destacar en este contexto es la obtención, el tratamiento y la admisibilidad de las pruebas electrónicas, que desempeñan un papel cada vez más importante en las investigaciones y los procesos penales[105]. Desde el punto de vista de los investigadores y los fiscales, los enjuiciamientos solo pueden ser efectivos si se dispone de pruebas admisibles. Por consiguiente, las pruebas deben obtenerse y tratarse de conformidad con la legislación aplicable, que varía mucho entre unas jurisdicciones y otras.

Aunque en la presente guía legislativa no figura ninguna disposición legislativa modelo relativa a la obtención, el tratamiento o la admisibilidad de las pruebas (aparte de la obtención de pruebas mediante técnicas especiales de investigación, expuesta anteriormente), en esta sección se ofrecen orientaciones básicas sobre estos temas.

La obtención de pruebas puede requerir de mucho tiempo y recursos. Es importante que los investigadores y fiscales colaboren para que las pruebas se obtengan con eficacia y eficiencia. La obtención de pruebas usando técnicas especiales de investigación, como entregas vigiladas, investigaciones encubiertas, identidades falsas, la vigilancia de personas y la vigilancia electrónica, se ha tratado anteriormente. También se proponen disposiciones modelo para cada una de esas técnicas especiales de investigación[106].

Para proteger el derecho de los acusados a un juicio imparcial, las normas jurídicas regulan el tratamiento de las pruebas para que los acusados no sean condenados sobre la base de pruebas falsas o contaminadas. Las pruebas que no se hayan tratado de conformidad con esas normas pueden ser inadmisibles en los tribunales. En consecuencia, es fundamental que se respeten esas normas, no solo para proteger los derechos de los acusados, sino también para que estos sean enjuiciados y juzgados con eficacia.

[105] Si se desea más información sobre la obtención, el tratamiento y la admisibilidad de las pruebas electrónicas, véase UNODC, Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo y Asociación Internacional de Fiscales, *Guía práctica para la solicitud de pruebas electrónicas transfronterizas*, segunda edición (Viena, 2022). El acceso a esta publicación está limitado a los usuarios registrados en el directorio de autoridades nacionales competentes de la UNODC. Si se desea más información, véase **https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/evidence/practical-guide.html**.

[106] Véase la sección del presente capítulo titulada "Técnicas especiales de investigación".

Los Estados deberían velar por que existan sistemas adecuados para proteger las pruebas y llevar un registro de su tratamiento a fin de que se mantenga la cadena de custodia. Los metales y minerales, incluidas las muestras, y otras pruebas deberían protegerse frente a la manipulación durante el almacenamiento. También debería garantizarse la continuidad y la integridad de las pruebas electrónicas.

Los Estados deberían velar por que las normas que rigen la admisibilidad de las pruebas en los tribunales se adapten adecuadamente para resolver las cuestiones probatorias que puedan plantearse al enjuiciar a presuntos autores de delitos de minería ilegal y delitos conexos. Esas cuestiones incluyen, entre otras posibilidades, la transmisión de pruebas a servicios forenses situados en otras jurisdicciones, la admisibilidad de las pruebas obtenidas de organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley por conducto de la asistencia judicial recíproca y de la cooperación internacional, las pruebas obtenidas mediante investigaciones conjuntas y las pruebas electrónicas, incluidas las obtenidas de prestadores de servicios de otros países.

IDEA SOBRE PREVENCIÓN

Se recomienda a los Estados que recopilen y utilicen datos sobre la extracción y la exportación/importación de minerales. A continuación, se podría realizar un análisis para comprobar si existen discrepancias en el comercio internacional de los minerales designados. Por ejemplo, una discrepancia caracterizada por grandes cifras de exportación y tasas de extracción insignificantes puede indicar actividades mineras ilegales. El caso contrario, en el que las tasas de extracción son altas y las cifras de exportación son bajas, podría indicar que se realizan actividades de contrabando. Esas discrepancias pueden deberse a errores al presentar la información, pero las discrepancias sistemáticas también pueden ser un indicador importante de una actividad ilegal y las autoridades reguladoras deberían analizarlas detenidamente[a]. Además, al analizar las discrepancias en el comercio se deberían tener en cuenta los tipos impositivos aplicables a las exportaciones y las importaciones de los países con el fin de comprender los incentivos criminógenos del tráfico de determinados metales y minerales.

Los Estados pueden servirse del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (conocido como "Sistema Armonizado"), una fuente universal de nomenclatura gestionada por la Organización Mundial de Aduanas (OMA). El Sistema Armonizado comprende más de 5.000 grupos de mercancías, a cada uno de los cuales se ha asignado un código de seis dígitos[b]. Se utiliza en más de 200 países y economías como base para los aranceles aduaneros y para recopilar estadísticas sobre el comercio internacional[c]. La adopción generalizada de ese sistema puede ayudar a los Estados a evitar el etiquetado incorrecto de las mercancías en el despacho de aduanas, incluso con fines de tráfico de metales y minerales, y a promover la aplicación de las normas de diligencia debida con respecto a las mercancías de alto riesgo (por ejemplo, el oro).

Propuesta de Suiza para actualizar el Sistema de Armonización de la Organización Mundial de Aduanas para mejorar la trazabilidad del oro

En septiembre de 2020, el Gobierno de Suiza presentó una propuesta a la OMA en la que sugería modificar la clasificación internacional de los derechos de aduana del oro con el fin de mejorar la transparencia y la trazabilidad en el comercio internacional de ese metal[d].

En la propuesta se señalaba que, como en la nomenclatura del Sistema Armonizado se utilizaba un único código para los distintos tipos de oro en bruto que se comercializaban, no se podía diferenciar entre el oro refinado y el no refinado o entre el oro de calidad bancaria y las aleaciones de oro. Era necesario distinguir mejor entre las diferentes categorías de oro en bruto en la nomenclatura para poder mejorar la trazabilidad de las cadenas de suministro y obtener estadísticas más exactas sobre el oro extraído.

El Gobierno de Suiza decidió implantar esos cambios a nivel nacional a principios de 2021. Desde entonces, los importadores de oro a Suiza deben proporcionar información adicional sobre los tipos de oro en los formularios de declaración de las importaciones.

[a] Si se desea consultar un ejemplo del análisis de las discrepancias en el comercio internacional de madera y productos madereros procedentes del Perú, véase Camilo Pardo-Herrera, "The international links of Peruvian illegal timber: a trade discrepancy analysis" (mayo de 2021).

[b] Organización Mundial de Aduanas, Topics, Nomenclature and classification of goods, Overview, "What is the harmonized system (HS)?". Puede consultarse en **www.wcoomd.org/en/**.

[c] *Ibid*.

[d] Suiza, Secretaría de Estado de Economía, "Raw materials: Switzerland calls for greater transparency in international gold trade", 24 de septiembre de 2020.

Capítulo 5.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La minería ilegal y el tráfico de metales y minerales constituyen una industria ilícita de varios miles de millones de dólares que tiene consecuencias sociales, económicas y ambientales adversas. En muchos Estados, los beneficios generados mediante la comisión de esos delitos han superado los beneficios asociados al tráfico de drogas[107]. Los grupos delictivos organizados han demostrado que son capaces de utilizar elaboradas tramas delictivas para vender a comerciantes internacionales metales y minerales extraídos ilegalmente, en particular metales preciosos, y para blanquear el producto del delito sin ser detectados[108]. Es esencial una cooperación transfronteriza amplia, multiinstitucional y flexible para que esos delitos se investiguen debidamente y se lleve a los autores ante la justicia.

La cooperación internacional consiste en compartir información, recursos y personal y en prestarse asistencia de forma recíproca para lograr objetivos comunes. La cooperación entre Estados puede ser oficial u oficiosa. La cooperación oficial puede basarse en la Convención contra la Delincuencia Organizada o en otros tratados y acuerdos multilaterales o bilaterales. La cooperación oficiosa entraña normalmente el contacto y el intercambio directos entre agentes u organismos de distintos Estados. No suele regirse por ninguna legislación, pero en ocasiones se puede basar en un memorando de entendimiento entre los Estados cooperantes o sus organismos competentes.

En virtud de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes han de colaborar, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la Convención. Entre las medidas concretas de cooperación internacional contempladas en la Convención figuran la extradición (art. 16), la asistencia judicial recíproca (art. 18), las investigaciones conjuntas (art. 19), la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (art. 27), el traslado de personas condenadas a cumplir una pena (art. 17) y la remisión de actuaciones penales (art. 21). También se incluyen disposiciones relativas a la cooperación internacional en otros artículos de la Convención[109].

---

[107] OEA, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, *Tras el dinero del oro ilícito: el caso de Colombia*, págs. 7 y 45.

[108] Wagner, *Organized Crime and Illegally Mined Gold in Latin America.*

[109] Se trata de los artículos de la Convención contra la Delincuencia Organizada relativos a las medidas para combatir el blanqueo de dinero (art. 7, párrs. 1 *b)* y 4), a la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados (art. 14, párrs. 2 y 3), a la jurisdicción (art. 15, párr. 5), a las técnicas especiales de investigación (art. 20, párrs. 2 a 4), a la protección de los testigos (art. 24, párr. 3), a las medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (art. 26, párr. 5), a la recopilación, el intercambio y el análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada (art. 28, párr. 2), a la capacitación y la asistencia técnica (art. 29, párrs. 2 y 4), a la aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica (art. 30) y a la prevención (art. 31, párr. 7).

El presente capítulo ofrece orientaciones legislativas para establecer vías de cooperación internacional en el contexto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Abarca la asistencia judicial recíproca, la extradición, la cooperación en materia de cumplimiento de la ley y las investigaciones conjuntas.

ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

La asistencia judicial recíproca en asuntos penales es un proceso por el que los Estados solicitan y prestan asistencia a otros Estados en la reunión de pruebas para su uso en causas penales. Suele basarse en acuerdos bilaterales o multilaterales, aunque hay Estados que la prestan sin basarse en ningún acuerdo, únicamente en los principios de buena voluntad de la reciprocidad y la cortesía.

En el artículo 18 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se establece un marco para la asistencia judicial recíproca entre los Estados partes en relación con los delitos graves y los delitos tipificados con arreglo a la Convención. En virtud de ese artículo, los Estados partes deberían garantizar que los regímenes nacionales de asistencia judicial recíproca establecidos en virtud de tratados bilaterales y multilaterales se apliquen a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. La disposición modelo 23 puede utilizarse a efectos de la asistencia judicial recíproca para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

DISPOSICIÓN MODELO 23
ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

Las disposiciones relativas a la asistencia judicial recíproca que figuran en [*introdúzcase la legislación nacional en materia de asistencia judicial recíproca*] y en todo tratado bilateral o multilateral aplicable en que [*introdúzcase el nombre del Estado*] sea parte se aplicarán a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos tipificados en virtud de [la presente ley/el presente capítulo/…].

NOTA

Habida cuenta del alcance de la presente guía, no procede hacer un examen exhaustivo del marco de asistencia judicial recíproca establecido en la Convención contra la Delincuencia Organizada. Se puede encontrar más información sobre el tema en el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición de la UNODC* y en la Ley Modelo de la UNODC de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, que también incluye disposiciones sobre el uso de técnicas especiales de investigación y la obtención de pruebas electrónicas[a].

[a] Véase también UNODC, Ley Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (2007), modificada a fin de incluir disposiciones sobre las pruebas electrónicas y el uso de técnicas especiales de investigación (2022).

EXTRADICIÓN

El término "extradición" se refiere al procedimiento oficial por el cual las personas acusadas de delitos en una jurisdicción extranjera pueden ser devueltas o trasladadas a esa jurisdicción para ser juzgadas por esas acusaciones, o por el cual las personas condenadas pueden ser devueltas o trasladadas para que cumplan condena. La extradición suele basarse en tratados bilaterales o multilaterales. Los acuerdos de extradición son fundamentales para garantizar que los autores de delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales sean enjuiciados de forma efectiva, dado que esos delitos a menudo son de carácter transnacional.

La extradición está contemplada en el artículo 16 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Ese artículo se aplica a los casos en que el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado requirente y del Estado requerido. En ese sentido, lo importante es que la conducta por la que se solicita la extradición esté tipificada como delito en las leyes de ambos Estados, independientemente de la denominación oficial de los delitos[110].

La extradición es un área compleja del derecho. En la mayoría de los Estados, los marcos de extradición se basan en tratados multilaterales o bilaterales con otros Estados. En la presente guía no sería posible ni deseable presentar un examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relacionadas con la extradición ni disposiciones legislativas modelo con miras al establecimiento de un marco jurídico integral para la extradición. No obstante, se analizan algunas de las cuestiones jurídicas básicas relativas a la extradición que un Estado debería tener en cuenta al introducir legislación sobre minería.

A los efectos de esta guía, la cuestión jurídica más importante con respecto a la extradición es la designación de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales como delitos que dan lugar a la extradición. Cabe la posibilidad de que un Estado considere que algunos de los delitos descritos en esta guía no son lo suficientemente graves como para justificar la extradición. Corresponde a cada Estado decidir sobre este punto de conformidad con su ordenamiento y valores jurídicos. En el caso de los delitos que podrían dar lugar a la extradición, los Estados deben velar por que se los considere de ese modo en su derecho interno y en los tratados bilaterales y multilaterales de extradición que hayan suscrito. La forma de proceder dependerá del método elegido por el Estado para designar los delitos que pueden dar lugar a la extradición. Históricamente se han utilizado dos enfoques para esa designación: uno basado en listas y uno basado en la pena mínima. Según el basado en listas, un delito puede dar lugar a la extradición si está incluido en una lista de delitos de ese tipo que figure en el tratado de extradición y en la legislación de aplicación. Con arreglo al enfoque de la pena mínima, el hecho de que un delito pueda dar lugar a la extradición dependerá de la pena mínima o, en algunos casos, de la pena máxima que pueda imponerse a los autores. Todo delito con una pena mínima (o máxima, según corresponda) igual o superior a un umbral determinado podrá dar lugar a la extradición.

Los Estados que utilicen el enfoque de las listas deberían adoptar medidas para incluir los delitos tipificados siguiendo las orientaciones de la presente guía en las listas de delitos que pueden dar lugar a la extradición que figuren en los tratados bilaterales y multilaterales de extradición que hayan suscrito y en la legislación de aplicación pertinente. Los Estados que utilicen el enfoque de la pena mínima deberían asegurarse de que los delitos tipificados siguiendo las orientaciones de la guía cumplan los requisitos mínimos para la extradición previstos en los tratados bilaterales y multilaterales de extradición.

Además, los Estados deberían garantizar que la legislación en materia de extradición que se aplique a los delitos contemplados en la presente guía esté en consonancia con el principio de "extraditar o juzgar" (*aut dedere aut iudicare*) mencionado en el artículo 16, párrafo 10, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En virtud de esa disposición, el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de un delito comprendido en la Convención estará obligado, previa solicitud del Estado parte que pide la extradición, a someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento si no lo extradita por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

COOPERACIÓN EN MATERIA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY

La cooperación internacional entre organismos encargados de hacer cumplir la ley está contemplada en el artículo 27 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En virtud del párrafo 1 de ese artículo, los Estados partes han de colaborar estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos graves en los que participen grupos delictivos organizados y otros delitos comprendidos en la Convención. Entre las medidas concretas cuya adopción se exige en el artículo 27 se incluye establecer canales

[110] UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, párr. 103.

de comunicación entre autoridades, organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre delincuencia organizada, intercambiar ese tipo de información, cooperar con otros Estados partes en la realización de indagaciones con respecto a personas, bienes y el producto del delito implicados en la delincuencia organizada, proporcionar elementos o sustancias para fines de análisis o investigación, y designar oficiales de enlace.

En la disposición modelo 24, que figura a continuación, se ofrece un modelo para incorporar en la legislación esas formas de cooperación internacional en materia de cumplimiento de la ley. Esa disposición es de interés principalmente para los Estados en que los organismos de investigación solo pueden cooperar con sus homólogos extranjeros si la ley prevé esa posibilidad. En otros Estados puede no ser necesario contar con una disposición de ese tenor, si bien podría ser útil para aclarar y mejorar los mecanismos existentes de cooperación en materia de cumplimiento de la ley.

DISPOSICIÓN MODELO 24

COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY

1. [Sin perjuicio de ninguna otra ley], [el/la [*introdúzcase el nombre del organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley*]] podrá proporcionar a un organismo extranjero encargado de hacer cumplir la ley o a un organismo internacional o regional encargado de hacer cumplir la ley información relativa a todos los aspectos de los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…] [, incluidos los vínculos con otras actividades delictivas].

2. [El/La [*introdúzcase el organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley*]] podrá cooperar con una autoridad extranjera encargada de hacer cumplir la ley o con una organización internacional o regional en lo que respecta a:

a) la realización de investigaciones sobre:

i) la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente involucradas en los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…] o la ubicación de otras personas interesadas;

ii) el movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) el movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

b) el suministro de artículos, sustancias, documentos o archivos con fines de análisis o investigación;

c) el envío o intercambio de personal, incluso mediante el envío de agentes del orden o jueces de enlace y la puesta a disposición de expertos;

d) el intercambio de información sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos modificados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;

e) [investigaciones conjuntas;]

f) la protección de testigos, incluido el traslado de testigos protegidos; y

g) la asistencia administrativa de otro tipo.

3. [El/La [*introdúzcase el nombre del organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley*]] podrá celebrar acuerdos con organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley o con organizaciones internacionales o regionales con el fin de promover la cooperación en materia de cumplimiento de la ley para prevenir, detectar y combatir los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…].

También se deberá velar por que la legislación nacional se adapte adecuadamente para resolver las cuestiones probatorias que pueda plantear la cooperación internacional en casos relacionados con los delitos contemplados en la presente guía. Esas cuestiones incluyen, entre otras, la admisibilidad de las pruebas obtenidas de organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley por conducto de la asistencia judicial recíproca y de la cooperación internacional, y la transmisión de pruebas a servicios forenses situados en otras jurisdicciones.

COMITÉ ANDINO CONTRA LA MINERÍA ILEGAL

La Comunidad Andina es una organización subregional cuyo objetivo es mejorar la capacidad de los Estados andinos, concretamente Bolivia (Estado Plurinacional de), Colombia, el Ecuador y el Perú, para resolver los problemas específicos de la región.

Con el fin de promover una acción coordinada contra la minería ilegal y sus efectos negativos sobre el medio ambiente y las comunidades andinas, la Comunidad Andina, en su decisión 774[a], exigió a los Estados participantes que adoptaran medidas para facilitar la cooperación contra el blanqueo de dinero relacionado con la minería ilegal, que fortalecieran los mecanismos de control y trazabilidad de la maquinaria, el equipo y las sustancias químicas utilizados en la minería, que planificaran y ejecutaran operaciones contra la minería ilegal mediante acciones coordinadas en zonas de frontera y que colaboraran en la identificación y persecución de quienes participen en las organizaciones delictivas que realizan minería ilegal y delitos conexos, entre otros asuntos relacionados con la cooperación internacional en materia de cumplimiento de la ley (art. 4).

Asimismo, se exhortó a los Estados participantes en la Comunidad Andina a adoptar: *a)* las medidas legislativas, administrativas y operativas necesarias para garantizar la prevención y el control de la minería ilegal, como formalizar la minería artesanal y en pequeña escala y la minería tradicional; *b)* sanciones suficientemente disuasivas para quienes realicen minería ilegal y actividades ilícitas conexas y para quienes las apoyen y financien; y *c)* el control y la fiscalización de la importación, la exportación, el transporte, la distribución y la comercialización de maquinaria, sus partes y accesorios, equipo, sustancias químicas e hidrocarburos que puedan ser utilizados en la minería ilegal (art. 5). Para ello, en virtud de la decisión 774 se creó el Comité Andino contra la Minería Ilegal (art. 9), al cual se encomendaron funciones de coordinación de la implementación de las disposiciones anunciadas en la decisión.

[a] Decisión 774, adoptada en la 35ª reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores ante la Comisión de la Comunidad Andina, el 3 de mayo de 2012.

RESPUESTA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE POLICÍA CRIMINAL A LA MINERÍA ILEGAL

Las organizaciones internacionales, como INTERPOL, desempeñan una función en lo que respecta a generar impulso a nivel transnacional para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, y fomentan el intercambio de datos por la policía de manera oportuna mediante canales de comunicación seguros. INTERPOL facilita regularmente las operaciones de las fuerzas del orden para combatir los delitos que afectan al medio ambiente y anima a sus países miembros a recopilar información policial y transmitirla a su Secretaría General[a]. La Secretaría General elabora y transmite a las autoridades nacionales productos de inteligencia para apoyar las investigaciones transfronterizas, lo cual fomenta la publicación de notificaciones de INTERPOL para combatir la minería ilegal.

[a] INTERPOL, Delitos, Delitos contra el medio ambiente, "Nuestra respuesta a los delitos contra el medio ambiente". Puede consultarse en **www.interpol.int/es**.

INVESTIGACIONES CONJUNTAS

Es posible que las investigaciones conjuntas realizadas por organismos encargados de hacer cumplir la ley de dos o más Estados resulten en ocasiones más eficaces para desarticular la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, sobre todo en casos complejos en que participen varias jurisdicciones. Las investigaciones conjuntas constituyen una forma de cooperación entre esos organismos más estrecha que las formas señaladas anteriormente. En virtud del artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes han de considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados con objeto de establecer marcos para la realización de investigaciones conjuntas. En ese artículo se dispone que, a falta de marcos de esa índole, se pueden llevar a cabo investigaciones conjuntas mediante acuerdos concertados caso por caso, lo cual solo será posible si la legislación de los Estados en cuestión lo permite[111].

La disposición modelo 25 pretende sentar el fundamento jurídico para que una autoridad nacional competente celebre acuerdos o arreglos para llevar a cabo investigaciones conjuntas, ya sea mediante la creación de un organismo mixto de investigación o mediante la realización de investigaciones conjuntas caso por caso. Las leyes internas de la mayoría de los Estados permiten ya esas actividades conjuntas y, en el caso de los pocos Estados cuyas leyes no las permitan, esta disposición será fuente de autoridad jurídica suficiente para una cooperación caso por caso de esa índole.

DISPOSICIÓN MODELO 25
INVESTIGACIONES CONJUNTAS

1. Con el fin de investigar los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…], [el/la [*introdúzcase el nombre del organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley o de la autoridad fiscal o judicial pertinente, según proceda*]] podrá, en relación con los asuntos que sean objeto de investigaciones [o de enjuiciamiento penal o actuaciones judiciales] en uno o más Estados, celebrar acuerdos o arreglos con uno o más organismos encargados de hacer cumplir la ley [o autoridades fiscales o judiciales] extranjeros o con las organizaciones internacionales o regionales de cooperación policial o judicial pertinentes en relación con uno de los siguientes aspectos o ambos:

   a) la creación de un órgano mixto de investigación; y

   b) la realización de investigaciones conjuntas en función de un criterio definido para cada caso.

2. Cuando se haya celebrado un acuerdo o arreglo en virtud del párrafo 1, [el/la [*introdúzcase el nombre del organismo encargado de hacer cumplir la ley o de la autoridad fiscal o judicial*]] podrá emprender investigaciones conjuntas con las organizaciones estatales, internacionales o regionales de cooperación en materia de cumplimiento de la ley o judicial pertinentes.

3. Las pruebas obtenidas fuera del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*] en el marco de una investigación conjunta realizada en virtud del presente artículo serán admisibles en las actuaciones judiciales como si se hubieran obtenido en el territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*].

Existen algunas dificultades legales destacadas relativas al establecimiento de investigaciones conjuntas, entre las que cabe mencionar la falta de un marco claro o de legislación específica relativa al establecimiento de investigaciones conjuntas, y la falta de claridad en cuanto al control operacional y a la responsabilidad por los costos de las investigaciones conjuntas. En la legislación en que se contemple la realización de investigaciones conjuntas en el contexto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales se debe garantizar que cada una de esas cuestiones se aborde de forma clara para que las investigaciones conjuntas se desarrollen con eficacia.

[111] El art. 49 de la Convención contra la Corrupción contiene una disposición idéntica.

Aunque en rigor el artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada no lo exige, desde el punto de vista práctico los Estados interesados en emprender investigaciones conjuntas tal vez deban estudiar la forma de asegurarse de que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o, cuando proceda, los fiscales y los jueces de instrucción extranjeros puedan participar legalmente en operaciones locales. La atribución de facultades por un período de tiempo breve puede ser una opción útil. Eso se refleja en la disposición modelo 26.

DISPOSICIÓN MODELO 26

ATRIBUCIÓN DE FACULTADES A LOS FUNCIONARIOS EXTRANJEROS QUE PARTICIPEN EN INVESTIGACIONES CONJUNTAS

1. Cuando [*introdúzcase el nombre del Estado*] tenga un acuerdo que incluya la atribución de facultades en investigaciones conjuntas con un Estado extranjero, [el/la [*introdúzcase la autoridad competente*]] podrá atribuir a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [o a los fiscales o los jueces de instrucción] de ese Estado una o más de las facultades que se enumeran a continuación, que dichos funcionarios podrán ejercer en [*introdúzcase el nombre del Estado*], con sujeción a la legislación de [*introdúzcase el nombre del Estado*]:

a) [la facultad de recibir información y tomar declaraciones, de conformidad con la legislación del Estado extranjero];

b) [la facultad de consignar cargos en el acta oficial, incluso de la forma exigida en la legislación nacional]; y

c) [la autorización para realizar operaciones de vigilancia de personas u operaciones encubiertas].

2. Todo funcionario al que se le haya conferido alguna de las facultades especificadas en el párrafo 1 tendrá derecho a la misma protección que un funcionario equivalente de [*introdúzcase el nombre del Estado*] en virtud de la legislación de [*introdúzcase el nombre del Estado*].

Otra cuestión es si los funcionarios que realicen actos autorizados en el marco de una investigación conjunta serán civil o penalmente responsables de esos actos. Quienes redactan los textos legislativos deberían tener eso en cuenta y otorgar a los funcionarios extranjeros adscritos ciertas protecciones, equivalentes a las que asisten a los funcionarios nacionales encargados de hacer cumplir la ley.

OPERATION DIEZ CONDORES[a]

La operación Diez Cóndores se inició en enero de 2016 como investigación conjunta entre el Buró Federal de Investigaciones (FBI) y la Policía de Investigaciones de Chile para desarticular una organización delictiva transnacional chilena dedicada al tráfico de oro. La operación culminó en una investigación internacional en la que participaron varios organismos federales encargados de hacer cumplir la ley de los Estados Unidos y organismos encargados de hacer cumplir la ley extranjeros, y dio lugar al enjuiciamiento de los responsables de una trama de blanqueo de dinero de varios miles de millones de dólares relacionada con oro extraído ilegalmente de América del Sur. La investigación destapó una confabulación responsable de importar oro por valor de más de 3.500 millones de dólares procedente de numerosas actividades ilícitas, como el tráfico de estupefacientes, la extracción ilegal de oro, el soborno en el extranjero, el contrabando en el extranjero e infracciones aduaneras en los Estados Unidos.

Se descubrió que los autores obtenían el oro de diversas fuentes ilícitas en Chile y generaban documentación fraudulenta sobre su origen y su composición. Los traficantes transportaban personalmente el oro en aviones comerciales desde Chile hasta los Estados Unidos, donde presentaban la documentación fraudulenta a los funcionarios de aduanas de Miami. Luego entregaban el oro a una refinería de los Estados Unidos, que pagaba por él

OPERATION DIEZ CONDORES[a] [*continuación*]

mediante una transferencia bancaria a Chile. La inteligencia obtenida durante la investigación ayudó a descubrir incoherencias en las prácticas de la refinería e información clave sobre sus actividades ilegales. Eso dio lugar a una investigación derivada, realizada conjuntamente con la oficina ubicada en Lima de la Administración de los Estados Unidos para el Control de Drogas y la oficina ubicada en Miami de la Oficina de Investigaciones de Seguridad Nacional del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos (HSI), que halló un vínculo con una investigación que estaban llevando a cabo los Equipos de Tareas de Delincuencia Organizada y Lucha contra la Droga del FBI/HSI.

En agosto de 2016 fueron detenidos en Chile varios miembros de la organización delictiva chilena después de que en la investigación se documentaran remesas de oro por valor de 80 millones de dólares a la refinería de los Estados Unidos. Los miembros del grupo delictivo organizado fueron acusados y declarados culpables de extorsión organizada, contrabando, fraude aduanero, evasión fiscal y blanqueo de dinero en Chile. En enero de 2018, los miembros del equipo de ventas de la refinería, radicado en Miami, fueron condenados a 6 o 7 años de prisión después de que se declararan culpables de un cargo de blanqueo de dinero por su participación en la trama de blanqueo de 3.600 millones de dólares.

[a] La versión en inglés es una adaptación de Regina Thompson, Directora Auxiliar Adjunta de la División de Investigaciones Penales del Buró Federal de Investigaciones, "Illicit mining: threats to U.S. national security and international human rights", declaración ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, Subcomisión del Hemisferio Occidental, Delincuencia Transnacional, Seguridad Civil, Democracia, Derechos Humanos y Cuestiones Mundiales relativas a las Mujeres, Washington D. C., 5 de diciembre de 2019.

Capítulo 6.

ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS

Para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales es necesario no solo tipificar delitos sustantivos, sino también contar con procedimientos penales eficaces. En el presente capítulo se describen brevemente algunas de las principales cuestiones procesales que pueden plantearse en el enjuiciamiento de esos delitos.

PRISIÓN PREVENTIVA

Los autores de delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales no pueden ser llevados ante la justicia si se sustraen a la jurisdicción del ministerio público y las autoridades judiciales. Ese tipo de delitos a veces son cometidos por ciudadanos extranjeros o personas que podrían fugarse. Es imperioso que los Estados, de conformidad con sus marcos constitucionales y de derechos humanos, adopten medidas para impedir que los autores de delitos huyan del país antes de ser juzgados o condenados. En algunos casos, el riesgo de fuga podría justificar la detención del delincuente en espera de juicio. En otros, medidas como la confiscación del documento de identidad de un delincuente pueden bastar para mitigar ese riesgo.

En virtud del artículo 11, párrafo 3, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la Convención, cada Estado parte habrá de adoptar medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio se tenga presente la posibilidad de que los sospechosos y acusados puedan fugarse.

La disposición modelo 27 se refiere a la aplicación de la prisión preventiva a una persona hasta su juicio una vez que ha sido detenida y acusada de un delito.

DISPOSICIÓN MODELO 27
PRISIÓN PREVENTIVA

1. Cuando se acuse a una persona de un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…], el tribunal podrá ordenar la prisión preventiva si existe uno de los motivos enumerados en el párrafo 2.

2. El tribunal podrá ordenar la prisión preventiva si está convencido de que hay indicios serios de la culpabilidad del acusado y de que existe un riesgo inaceptable de que, si no está privada de libertad, la persona pueda:

a) no comparecer en todo procedimiento penal ulterior;

b) influir en un testigo, adulterar pruebas u obstruir de otro modo el curso de la justicia;

c) cometer un nuevo delito; o

d) poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de quien se afirma que es víctima del delito que se le imputa o de cualquier otra persona.

3. La prisión preventiva de una persona que se ordene con arreglo al presente artículo no deberá superar un período de [*introdúzcase el plazo*]. El tribunal podrá prorrogar el período de prisión preventiva en virtud del párrafo 2 del presente artículo a petición de un fiscal. El período total de la prisión preventiva no deberá superar [*introdúzcase el plazo*].

4. La prisión preventiva no se deberá ordenar, mantener ni prorrogar si es posible alcanzar sus objetivos por medios menos severos. En lugar de la prisión preventiva, el tribunal podrá imponer condiciones [a la persona/al acusado] en espera de juicio o de que se resuelva un recurso de apelación para garantizar su comparecencia en todo procedimiento penal ulterior y la administración de justicia, entre ellas:

a) [la incautación/confiscación] de los documentos de viaje u otros documentos de identidad de la persona;

b) la notificación de las autoridades competentes en las zonas de control de fronteras;

c) la imposición de una fianza;

d) la imposición de restricciones al movimiento de la persona, como la reclusión domiciliaria o la vigilancia electrónica de los movimientos;

e) otras medidas que el tribunal considere necesarias y proporcionales para evitar que la persona influya en los testigos, adultere las pruebas u obstruya de otro modo el curso de la justicia.

FACULTADES DISCRECIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

En algunos Estados, los fiscales gozan de facultades discrecionales para enjuiciar delitos, que se les otorgan por ley o mediante procedimientos administrativos. Para el ejercicio de esas facultades, se podrían establecer como condiciones el interés público de procesar o no un delito y la necesidad de llevar a los delincuentes ante la justicia y disuadir de la comisión de delitos similares. Las facultades discrecionales del ministerio público comprenden no solo la decisión de incoar y continuar un enjuiciamiento, sino también la decisión de aceptar acuerdos de conformidad. Estos acuerdos pueden ser un instrumento útil para los fiscales y permitirles llevar ante la justicia a delincuentes de alto nivel tras conseguir testimonios de delincuentes menos importantes. No obstante, en otros Estados los fiscales carecen de esas facultades.

Al abordar la cuestión de la inmunidad judicial, quienes redactan los textos legislativos deberían tener presentes varias consideraciones. En la mayoría de los países en que se concede la inmunidad judicial a una persona, dicha inmunidad es condicional o está limitada de alguna manera. Por ejemplo, puede que se impongan los requisitos de que la cooperación prestada refleje las opiniones sinceras de quien la brinda, incluso si la información resulta ser incorrecta, o de que se halle un vínculo entre el delito para el que se concede la inmunidad y el delito en relación con el que declara el sospechoso. Pueden necesitarse respuestas diferentes según el valor de la prueba aportada por el sospechoso y su efecto real (por ejemplo, si dicha prueba sirve para detener la comisión de un delito o evitar que ocurra). Algunos Estados permiten la inmunidad transaccional

con la condición de que se ofrezca un testimonio veraz y completo. Eso debería considerarse distinto de la atenuación de la pena.

Habida cuenta de las diferencias en lo relativo a las facultades discrecionales del ministerio público que existen entre las distintas tradiciones jurídicas, en esta guía no figuran disposiciones modelo relativas a la inclusión de esas facultades discrecionales. Sin embargo, se recomienda que las facultades discrecionales del ministerio público se describan con claridad en las políticas o directrices de enjuiciamiento.

ALTERNATIVAS AL ENJUICIAMIENTO

En algunas jurisdicciones, los organismos encargados de hacer cumplir la ley, las autoridades ambientales o el ministerio público pueden ejercer sus facultades discrecionales para resolver casos, cuando sea apropiado, mediante alternativas al enjuiciamiento, como amonestaciones formales, notificaciones de infracción, programas de derivación, la exoneración y acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento. Las alternativas al enjuiciamiento pueden ser particularmente apropiadas en casos de delitos leves o cuando se comete un delito por primera vez y pueden ser inapropiadas en casos de delitos importantes o de reincidencia. Entre los factores que pueden ser relevantes para determinar si se debe recurrir a una alternativa al enjuiciamiento se pueden encontrar la intención y los motivos del autor del delito, la previsibilidad de la infracción, las consecuencias ambientales y de otro tipo del delito, la necesidad de disuasión específica o general, si el autor tiene un historial de incumplimiento o de delincuencia, la actitud del autor hacia el delito y el grado de cooperación durante la investigación, los actos del autor para remediar las consecuencias del delito o compensar a las víctimas, las medidas adoptadas por el autor para prevenir futuras infracciones y las circunstancias personales del autor.

En las secciones siguientes se analizan brevemente dos alternativas al juicio: las notificaciones de ejecución y los acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento. Los Estados también pueden considerar otras alternativas, como la remediación ambiental y otras estrategias de justicia restaurativa.

Notificaciones de infracción

Por lo general, las notificaciones de infracción son expedidas por las autoridades ambientales competentes. Pueden expedirse cuando la autoridad considera que una persona física o jurídica está incumpliendo o va a incumplir una ley o reglamento ambiental o una condición de una licencia, un permiso, un certificado o una autorización de la que es titular. En ellas se suelen especificar las medidas que deben tomarse para remediar la infracción cometida o que se va a cometer. Es necesario prever la posibilidad de que los destinatarios recurran la expedición de notificaciones de infracción. El incumplimiento de la notificación puede constituir un delito.

EJEMPLO NACIONAL

REINO UNIDO: LEY DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DE 1990

Artículo 13. Notificaciones de infracción

1) Si la autoridad encargada del cumplimiento considera que la persona que lleva a cabo un proceso previsto en virtud de una autorización está infringiendo cualquier condición de la autorización, o que es probable que infrinja cualquier condición de la autorización, dicha autoridad puede remitirle una notificación ("una notificación de infracción").

2) En las notificaciones de infracción:

a) se indicará la opinión de la autoridad;

b) se especificarán los elementos que constituyen la infracción o los elementos que hacen probable que se produzca la infracción, según el caso;

REINO UNIDO: LEY DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DE 1990 (*continuación*)

c) se especificarán las medidas que deben adoptarse para subsanar la infracción o para subsanar los elementos que hacen probable que se produzca la infracción, según el caso; y

d) se especificará el plazo en que deben adoptarse dichas medidas.

3) La Secretaría de Estado, si lo considera oportuno en relación con la realización por cualquier persona de un proceso previsto, podrá indicar a la autoridad encargada del cumplimiento si esta debería ejercer sus poderes en virtud de este artículo y las medidas cuya adopción se debe exigir en virtud de este artículo.

4) La autoridad encargada del cumplimiento podrá, con respecto a cualquier notificación de infracción que haya remitido a cualquier persona, retirar dicha notificación mediante aviso por escrito.

Artículo 23. Delitos[a]

1) Se considera delito que una persona

[…]

c) incumpla o contravenga cualquier requisito o prohibición impuestos mediante una notificación de infracción o una notificación de prohibición;

2) Una persona que sea culpable de un delito en virtud del apartado *a)*, *c)* o *l)* del párrafo 1 del presente artículo

a) podrá ser condenada en procedimiento sumario a una multa o a una pena de prisión no superior a tres meses, o a ambas;

b) podrá ser condenada en auto de procesamiento a una multa o a una pena de prisión no superior a dos años, o a ambas.

[…]

[a] El pasaje de esta disposición legislativa se aplica a Inglaterra y Gales. El texto del artículo 23, párrafo 2 *a)*, de la Ley de Protección Ambiental de 1990 es diferente en el caso de Escocia. Véase también **www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/43/section/23**.

Acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento

Con respecto a los delitos ambientales, pueden ofrecerse acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento a los acusados que acepten cumplir determinadas condiciones, como pagar indemnizaciones por los daños ambientales causados y repararlos. Hay otros ordenamientos jurídicos en que no están permitidos esos acuerdos ni otras alternativas al enjuiciamiento.

Los Estados en que se aproveche la posibilidad de concertar acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento en el caso de los delitos de minería ilegal y los delitos conexos deberían velar por que las leyes o directrices que rigen su uso prohíban o desalienten la celebración de acuerdos para resolver los casos basados exclusivamente en que el autor del delito realice pagos en dinero. Es muy probable que los pagos monetarios procedentes de miembros de grupos delictivos organizados o de personas jurídicas involucrados en delitos de minería ilegal o delitos conexos tengan un origen ilícito. Asimismo, se corre el riesgo de que los grupos delictivos organizados simplemente absorban los pagos que se realizan en el marco de los acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento como gastos de funcionamiento por cometer delitos de minería ilegal o delitos conexos, de modo que los pagos no tengan ningún efecto disuasorio de la conducta delictiva.

PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

En algunos países solo es posible iniciar enjuiciamientos dentro de los plazos de prescripción previstos. En otros países no existen plazos de prescripción para los delitos. De conformidad con el artículo 11, párrafo 5,

de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes que fijen plazos de prescripción para los delitos deben garantizar que los plazos aplicables a los delitos contemplados en la Convención sean lo suficientemente largos, en particular cuando el presunto delincuente haya intentado deliberadamente eludir la administración de justicia[112]. Los Estados deberían velar por que las disposiciones legislativas que dan efecto a esa obligación de la Convención contra la Delincuencia Organizada también se apliquen a los delitos contemplados en la presente guía. Cuando los plazos de prescripción se apliquen a los delitos contemplados en la guía, también debería quedar claro cuándo comienza a contar el plazo, por ejemplo, si es cuando se descubre o cuando se empieza a cometer el delito, y en qué circunstancias puede suspenderse el plazo (por ejemplo, cuando el delincuente haya intentado deliberadamente eludir la administración de justicia).

En algunos Estados, el plazo de prescripción puede suspenderse mientras se reúnen pruebas en el extranjero. Los Estados deberían examinar si sería deseable contar con una disposición de ese tenor en su ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la duración de los plazos de prescripción que se apliquen a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales y las posibles dificultades para reunir pruebas en el extranjero. Independientemente del criterio que prefieran, los Estados deben velar por que el proceso de enjuiciamiento sea lo suficientemente ágil para garantizar que las causas se juzguen oportunamente.

A continuación figura la disposición modelo 28, relativa al plazo de prescripción.

DISPOSICIÓN MODELO 28
PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2, el plazo de prescripción para iniciar el proceso penal por delitos a los que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] es de [*introdúzcase el número de años*] después de la comisión del delito.

2. Cuando la persona sospechosa de un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] intente deliberadamente eludir la administración de justicia, el plazo de prescripción previsto en el párrafo 1 no se contará mientras dure la elusión.

[112] UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, párrs. 322 a 327.

Capítulo 7.

SANCIONES E IMPOSICIÓN DE PENAS

En la legislación en que se tipifican los delitos contemplados en la presente guía se deberían prever sanciones y penas adecuadas por la comisión de esos delitos. Dado que los enfoques adoptados para el establecimiento de sanciones y la imposición de penas a los delincuentes varían mucho de un Estado a otro en función de su tradición jurídica, esta guía no propone ninguna disposición modelo sobre sanciones e imposición de penas. En cambio, en esta sección se exponen algunas cuestiones pertinentes que los Estados deben tener en cuenta al redactar disposiciones legislativas en materia de sanciones e imposición de penas por delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales. En la sección se examinan primero algunas de las consideraciones más pertinentes que subyacen a la imposición de penas, antes de considerar los tipos específicos de sanciones.

CONSIDERACIONES QUE SUBYACEN A LA IMPOSICIÓN DE PENAS

Sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas

Las consideraciones primordiales al establecer sanciones apropiadas para los delitos descritos en esta guía son que las sanciones deberían ser eficaces, proporcionadas y disuasivas. Esos principios se reflejan en el texto de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En el artículo 11, párrafo 1, de la Convención se exige que los Estados partes penalicen la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos. El artículo 11, párrafo 2, se refiere a la necesidad de prevenir la comisión de tales delitos. El artículo 10, párrafo 4, exige a los Estados partes que velen por que se impongan "sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas" a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al artículo 10.

El principio de proporcionalidad de las penas es un principio general del derecho penal común a muchos ordenamientos jurídicos nacionales. También lo protege el derecho internacional de los derechos humanos y está consagrado en instrumentos como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)[113] y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)[114].

[113] Resolución 40/33 de la Asamblea General, anexo, reglas 5.1 y 17.1.

[114] Resolución 45/110 de la Asamblea General, anexo, reglas 2.3 y 3.2.

Muchos de los delitos contemplados en la presente guía son delitos graves. Son muy perjudiciales no solo para el medio ambiente, sino también para el estado de derecho y para la seguridad y la prosperidad económica de los Estados. Es imprescindible que las sanciones aplicables a esos delitos reflejen su gravedad y sean equiparables a las previstas para otros delitos graves[115]. Al mismo tiempo, no todos los delitos a los que se refiere esta guía revisten la misma gravedad. Por ejemplo, el delito de posesión es menos grave que el de tráfico de metales y minerales. La sanción para cada delito debe ser proporcional a su gravedad. Además, las circunstancias de cada delito y la situación de cada delincuente varían enormemente. Las penas que impongan los jueces deben ser lo suficientemente flexibles para tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Los Estados deberían estudiar la posibilidad de aprobar directrices sobre la imposición de penas por los delitos contemplados en la guía con el fin de estructurar la etapa de imposición de penas detallando los delitos y los elementos de los autores que deberían tenerse en cuenta en cada caso, en lugar de aplicar penas uniformes.

Factores agravantes y atenuantes

El principio según el cual las penas deben ser proporcionales a la gravedad del delito requiere que al imponer una pena se tengan en cuenta las circunstancias pertinentes de cada delito. Las circunstancias que tienden a aumentar la culpabilidad del delincuente o que justifican la aplicación de penas más severas se conocen como "factores agravantes". A las circunstancias que tienden a atenuar la culpabilidad del delincuente o que justifican la aplicación de penas más leves se las denomina "factores atenuantes".

En las diferentes jurisdicciones se adoptan distintos enfoques de los factores agravantes y atenuantes. En algunas, la ley exige sanciones más severas, como, por ejemplo, penas mínimas o máximas más elevadas, cuando existen determinados factores agravantes. En otras, en la legislación se indican los factores que los jueces deben tener en cuenta para decidir cuál es la pena adecuada. En algunos casos, la legislación incluirá listas específicas de factores agravantes y atenuantes de determinados delitos. En otros, los jueces se basarán en listas genéricas de factores relacionados con la imposición de penas aplicables a todos los delitos. Algunas jurisdicciones combinan esos criterios, en función de la legislación y del delito en cuestión. Corresponde a cada Estado determinar qué criterio adoptar con respecto a los factores agravantes y atenuantes en relación con la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, teniendo en cuenta su propia tradición jurídica y las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos.

Factores agravantes

Entre las circunstancias que podrían considerarse factores agravantes que justifican la imposición de penas más severas para un delito contemplado en la presente guía se encontrarían las siguientes:

a) cualquier lesión o muerte causada por el delito;

b) cualquier daño causado o que pueda ser causado por el delito;

c) cualquier efecto grave causado por el delito en la salud pública o en una sociedad, comunidad o economía;

d) cualquier violación grave de los derechos humanos o daño a grupos vulnerables causados por el delito;

e) el uso de armas de fuego para cometer el delito;

f) una gran cantidad o un gran volumen de metales y minerales con los que se relaciona el delito;

g) la magnitud de cualquier beneficio financiero u otro beneficio material directo o indirecto para el delincuente como consecuencia del delito;

[115] Véase la Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 11, párr. 1.

h) la magnitud de cualquier pérdida financiera u otra pérdida material directa o indirecta para otra persona causada por el delito, incluidos los costos de limpieza y remediación de un entorno, hábitat o lugar;

i) que el delito se haya cometido como parte de las actividades de un grupo delictivo organizado;

j) que el delincuente desempeñe una función de mando o gestión en un grupo delictivo organizado;

k) que el delito forme parte de una serie de actividades delictivas en curso;

l) que el delincuente haya cometido anteriormente algún delito conexo o similar;

m) que el delito se haya cometido durante la libertad bajo fianza, cuando corresponda;

n) que el delincuente tenga un historial de incumplimiento y haya recibido advertencias de un organismo regulador gubernamental pertinente;

o) que el delincuente haya intentado encubrir el delito u obstruir la acción de la justicia durante la investigación, el enjuiciamiento o la imposición de penas en relación con el delito;

p) que el delito haya sido cometido por un funcionario público;

q) que el delito haya sido cometido por una persona que se halle en una posición de confianza o autoridad, incluido el titular de una licencia, un permiso o un certificado pertinente.

Cuando un factor agravante ya sea un elemento constitutivo del delito, o de otro delito derivado de él y por el cual el acusado haya sido condenado, no debe ser considerado como un factor agravante del delito que se esté juzgando. Dado que varios de los factores agravantes enumerados son elementos constitutivos de los delitos descritos en la presente guía, no sería procedente invocarlos para aumentar la pena impuesta al delincuente que haya sido o vaya a ser condenado por el delito en cuestión. Por ejemplo, el factor agravante de que el delito se haya cometido como parte de las actividades de un grupo delictivo organizado no debería aplicarse si el delincuente también ha sido condenado por el delito de participación en un grupo delictivo organizado. Un segundo ejemplo sería que un delincuente no puede ser considerado responsable de organizar o dirigir la comisión de un delito y, al mismo tiempo, recibir una pena aún mayor por su función de mando o gestión en un grupo delictivo organizado.

EJEMPLO NACIONAL

CÔTE D'IVOIRE: CÓDIGO MINERO DE 2014

Artículo 185. En caso de reincidencia, la multa puede duplicarse y se puede imponer una pena de prisión no superior a diez años.

Factores atenuantes

Entre las circunstancias que podrían considerarse factores atenuantes que justifican la imposición de penas más leves para un delito contemplado en la presente guía se encontrarían las siguientes:

a) casos en que el delito no causó ni corrió el riesgo de causar ningún perjuicio discernible;

b) casos en que el delito no se cometió para obtener un beneficio financiero u otro beneficio material;

c) casos en que el delincuente obtuvo poco o no obtuvo ningún beneficio financiero u otro beneficio material del delito;

d) casos en que el delincuente desempeñó una función subordinada o menor en el delito;

e) casos en que el delincuente tuviera poca conciencia o comprensión del delito;

f) casos en que el delincuente cometió el delito bajo la influencia de la coacción, la intimidación o la explotación;

g) casos en que la capacidad mental del delincuente se vio reducida en el momento del delito o de la imposición de la pena;

h) casos en que el delincuente adoptó medidas para rectificar o mitigar los efectos del delito;

i) casos en que el delincuente haya demostrado arrepentimiento por el delito;

j) casos en que el delincuente haya cooperado voluntariamente con las autoridades competentes proporcionando información o prestando cualquier otro tipo de ayuda, en particular en la investigación y el enjuiciamiento de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales;

k) casos en que el delincuente se haya declarado culpable, especialmente aquellos en que el acusado se haya declarado culpable en una etapa temprana;

l) casos en que el delincuente no tenga antecedentes penales o antecedentes penales pertinentes ni condenas recientes;

m) casos en que el delincuente tuviera, hasta ese momento, una buena conducta;

n) la edad del delincuente en el momento de la comisión del delito o de la imposición de la pena;

o) si el delincuente es el único cuidador o el cuidador principal de familiares dependientes;

p) casos en que el delincuente tenga una discapacidad física o padezca una enfermedad grave que requiera un tratamiento urgente, intensivo o de larga duración;

q) casos en que el delincuente padezca un trastorno mental, del desarrollo o neurológico.

EJEMPLO NACIONAL

AFGANISTÁN: LEY DE MINERALES DE 2019

Artículo 4. Definiciones

A los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el significado que se indica a continuación:

[…]

18. Por "licencia para la minería en pequeña escala" se entenderá una licencia concedida en virtud del artículo 29, que autoriza la exploración y la explotación en proyectos de minería en pequeña escala, incluidas las operaciones artesanales, de conformidad con la presente ley;

19. Por "licencia de transición" se entenderá cualquier licencia concedida o contrato celebrado por el Ministerio respecto a los derechos sobre yacimientos de minerales antes de la entrada en vigor de la presente ley; y cualquier licencia concedida o contrato celebrado por el Ministerio respecto a los derechos sobre yacimientos de minerales en virtud de un proceso de licitación iniciado, pero no completado, antes de la entrada en vigor de la presente ley;

[…]

Artículo 75. Minería artesanal e ilegal

[…]

3) Si, antes de la entrada en vigor de la presente ley, una persona realizaba actividades mineras sin licencia de transición y esa persona solicita una o más licencias para realizar actividades mineras en pequeña escala en el terreno en que se realizaban esas actividades mineras dentro de un plazo de 12 meses tras la declaración de ese terreno como zona de minería en pequeña escala, no se enjuiciará a esa persona por realizar esas actividades mineras antes de que se concediera la licencia.

EJEMPLO DE CAUSA: SUDÁFRICA

S. v. Mothisi (293/08) [2008] ZAFSHC 34 (5 June 2008)[a]

El acusado entró en una mina sin permiso con el fin de realizar una extracción ilegal, pero fue descubierto antes de que pudiera extraer mineral. Se declaró culpable de infringir la Ley de Transgresión, núm. 6 de 1959, y fue condenado a una pena de 28 meses de prisión, suspendida completamente durante cinco años con condiciones. No obstante, la pena inicial fue objeto de recurso, pues el juez señaló que, según la disposición legal correspondiente, la pena máxima era una pena de prisión no superior a 24 meses. Por consiguiente, la pena inicial superaba el plazo permitido por la ley.

En el recurso de apelación se confirmó la sentencia condenatoria, pero se rebajó la pena a un año de prisión con suspensión total durante cinco años, con la condición de que el acusado no fuera condenado por infringir el artículo 1 de la Ley de Transgresión. La pena fue rebajada por el Tribunal Superior de Sudáfrica, División Provincial del Estado Libre de Orange, porque era la primera vez que el acusado cometía un delito.

[a] La versión en inglés del texto de la causa se ha tomado de la base de datos de jurisprudencia del portal SHERLOC y puede consultarse en **https://sherloc.unodc.org/cld/es/st/home.html**.

EJEMPLO DE CAUSA: ZIMBABWE

S. v. Moyo (CRB Mt 144/14) [2015] ZWHHC 452 (11 May 2015)[a]

El acusado fue declarado culpable de extraer oro ilegalmente en el distrito de Mudzi, en contravención del artículo 368, párrafo 1, de la Ley de Minas y Minerales. En la vista inicial, el acusado alegó que intentaba conseguir oro para pagar un viaje en autobús para recoger a su hermana tras el fallecimiento del esposo de esta. El tribunal de la primera vista determinó que la desesperación de la pobreza no podía utilizarse como excusa para delinquir, por lo que no tuvo en cuenta la situación del acusado como circunstancia atenuante y, en consecuencia, lo condenó a dos años de prisión. Esa resolución fue objeto de recurso.

Durante el recurso de apelación, el juez determinó que, en realidad, se deberían haber tenido en cuenta las circunstancias económicas que llevaron al acusado a cometer el delito. Se consideró que el juez de la vista inicial no había hecho suficientes esfuerzos para verificar la historia del acusado y no debía haberla descartado simplemente como una excusa inventada.

Por lo tanto, la pena inicial fue sustituida por otra de 12 meses de prisión, de los cuales 8 meses se sustituyeron por cinco años de libertad condicional. El oro fue decomisado por el Estado.

[a] Puede consultarse en inglés en **https://sherloc.unodc.org/cld/es/st/home.html**.

TIPOS DE SANCIONES

En la sección anterior se expusieron algunas de las consideraciones más pertinentes en las que se basa la imposición de penas en casos de minería ilegal y tráfico de metales o minerales. En esta sección se examinan los tipos concretos de sanciones que pueden ordenarse cuando se sintetizan estas y otras consideraciones pertinentes. En primer lugar se examinan las penas de prisión y las no privativas de libertad, antes de pasar a lo que se conoce como "órdenes accesorias". Por último, se incluye una sección específica sobre las sanciones aplicables a las personas jurídicas, en la que figura una disposición legislativa modelo.

Penas privativas de libertad (prisión)

Los delitos más graves descritos en esta guía deben castigarse con penas de prisión proporcionales a su gravedad y lo suficientemente severas para actuar como un elemento disuasorio eficaz. Además de la proporcionalidad

y la disuasión, los Estados deben tener en cuenta otras consideraciones al fijar las penas máximas de prisión por la comisión de esos delitos.

En primer lugar, la Convención contra la Delincuencia Organizada contiene una serie de instrumentos que los Estados partes pueden utilizar para prevenir, investigar y enjuiciar delitos graves. En el artículo 3, párrafo 1 *b)*, de la Convención se dispone que esta se aplicará a los delitos graves. De conformidad con el artículo 2 *b)* de la Convención, por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. En otras palabras, para que la Convención se aplique a los delitos más graves descritos en esta guía, los Estados deberían establecer penas máximas de al menos cuatro años de prisión para cada uno de esos delitos.

En segundo lugar, en algunos Estados, los delitos determinantes a los efectos de la legislación sobre el blanqueo de dinero se definen en función de la pena máxima impuesta por el delito en cuestión. En esos Estados, quienes redactan los textos legislativos deberían asegurarse de que las penas máximas para los delitos que se prevé designar como delitos determinantes sean lo suficientemente severas como para alcanzar ese umbral.

Por último, en algunos Estados, la posibilidad de que un delito constituya el fundamento jurídico de la extradición se determina en función de la pena máxima que se imponga por ese delito. Cuando así sea, quienes redactan los textos legislativos deberían velar por que las penas máximas para los delitos que revistan suficiente gravedad para justificar la extradición también sean lo suficientemente elevadas para que la extradición sea posible con arreglo a los tratados de extradición suscritos por el Estado y a su derecho interno. Cabe la posibilidad de que un Estado considere que algunos de los delitos descritos en esta guía no son lo suficientemente graves como para justificar la extradición. Uno de esos delitos podría ser el de posesión de minerales extraídos de forma ilegal, contemplado en la disposición modelo 7.

Penas no privativas de libertad

En la legislación relativa a los delitos contemplados en esta guía también se debería tener en cuenta la conveniencia de proporcionar alternativas a las penas privativas de libertad en determinadas circunstancias. Corresponde a cada Estado definir, de acuerdo con su marco jurídico sobre la imposición de penas, los tipos de penas no privativas de libertad que pueden imponerse a los autores de delitos y la disponibilidad de cada uno de esos tipos de penas.

NOTA

Se pueden encontrar orientaciones sobre medidas sustitutivas de la privación de libertad en la regla 8 de las Reglas de Tokio, en las reglas 57 a 66 de las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok)[a] y en las reglas 5.1 y 17.1 de las Reglas de Beijing, así como en las publicaciones de la UNODC *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento* y *Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones*.

[a] Resolución 65/229 de la Asamblea General, anexo.

Según las reglas 2.3 y 3.1 de las Reglas de Tokio, el sistema de justicia penal debería establecer una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, y la introducción, la definición y la aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la ley. Según la regla 5.1, las autoridades que se ocupen de los casos penales deberían estar facultadas para retirar los cargos contra el delincuente cuando las circunstancias sean adecuadas y para imponer medidas no privativas de la libertad por delitos menores. Como se indica en la regla 8.2, esas medidas pueden consistir, entre otras cosas, en sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; libertad condicional; penas

privativas de derechos o inhabilitaciones; sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculadas por días; incautación o confiscación; mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; condena condicional o diferida; régimen de prueba y vigilancia judicial; imposición de servicios a la comunidad; obligación de acudir regularmente a un centro determinado; arresto domiciliario; cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; y cualquier combinación de esas medidas.

Multas

Al igual que en el caso de otras sanciones aplicables a los autores de delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales, las multas máximas deben reflejar adecuadamente la gravedad de los delitos y ser lo suficientemente elevadas como para actuar como un elemento disuasorio eficaz. En algunas circunstancias se pueden imponer multas, además de una pena de prisión. Al determinar el valor apropiado de las multas máximas aplicables a los delitos contemplados en esta guía, quienes redactan los textos legislativos deberían tener en cuenta que la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales pueden ser actividades extremadamente lucrativas para los delincuentes. Si las multas no son suficientemente elevadas, se corre el riesgo de que simplemente sean absorbidas como gastos operacionales de la actividad delictiva y no desincentiven la conducta delictiva. La situación financiera y las capacidades del delincuente deberían tenerse en cuenta al determinar el importe adecuado de una multa. En lo que respecta a las personas jurídicas, el tribunal u otra autoridad competente puede exigir que se le dé acceso a las cuentas y otros documentos financieros de la entidad y, cuando corresponda, a los de las entidades relacionadas para evaluar la situación financiera del delincuente.

En algunos casos, una multa, por sí sola, no será un elemento disuasorio eficaz sin el decomiso del producto del delito. El decomiso del producto del delito o los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos se contemplan en el artículo 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

La legislación debería prever que, al imponer una pena al autor de un delito de minería ilegal u otro delito contemplado en la presente guía, se dé prioridad a la restitución o indemnización a las víctimas del delito. No deberían imponerse multas de una cuantía que menoscabe la capacidad del acusado para restituir o indemnizar a las víctimas.

Al determinar la multa que es adecuada en cada caso, los tribunales también deberían tener en cuenta el valor de los metales y los minerales relacionados con el delito, el beneficio económico o de orden material que obtuvo el delincuente, la participación de grupos delictivos organizados, los daños y perjuicios causados al medio ambiente, la sociedad o las personas, y si se trata de reincidencia. Los Estados también deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas para evitar que el valor real de las multas disminuya con el transcurso del tiempo debido a la inflación. Para ello, se podrían asociar los valores de las multas a unidades de multa, que podrían ajustarse en función de la inflación. Asimismo, los Estados tal vez deseen dotar a los tribunales de facultades para dictar órdenes de indemnización, que obliguen a los delincuentes a reparar los daños y perjuicios causados o compensar por ellos.

Imposición de servicios a la comunidad

En algunos casos puede ser apropiado imponer como pena la prestación de servicios a la comunidad. Eso se suele imponer a personas físicas declaradas culpables de cometer un delito, pero también puede ser una pena que se imponga a personas jurídicas. Se trata de un tipo de castigo con el que se pretende beneficiar a la comunidad que se ha visto perjudicada por el delito cometido y guarda similitudes con la restitución y la indemnización. Hay ordenamientos jurídicos en que la imposición de servicios a la comunidad se diferencia de las órdenes de restitución e indemnización en que estas últimas solo pueden imponerse en favor de las víctimas del delito por el que se impone la pena, mientras que en el caso de la imposición de servicios a la comunidad no existe esa limitación[116]. En otras jurisdicciones está menos clara la diferencia entre esos tipos de penas.

[116] Kris Dighe, "Organizational community service in environmental crimes cases", *United States Attorneys' Bulletin*, vol. 60, núm. 4 (julio de 2012), pág. 100.

La imposición de servicios a la comunidad puede no ser adecuada si no se puede confiar en que el acusado vaya a cumplir las condiciones. Por ejemplo, cuando un acusado tiene un historial de infracciones reiteradas de las leyes o reglamentos ambientales o demuestra de otro modo que no respeta las leyes y reglamentos ambientales, puede haber dudas sobre la eficacia de imponerle como pena que preste servicios a la comunidad. En términos más generales, para que las sanciones sean eficaces, proporcionadas y disuasivas, tal vez la imposición de servicios a la comunidad solo sea apropiada en combinación con otras sanciones penales, como multas y penas de prisión, incluida la condena condicional.

Órdenes accesorias

Dependiendo de las circunstancias del caso, puede que no baste con imponer solo una pena de prisión o medidas sustitutivas de la privación de libertad. Tal vez sea necesario que un tribunal dicte órdenes adicionales, a veces conocidas como "órdenes accesorias". El término se refiere, en algunas jurisdicciones, a las órdenes que pueden dictar los jueces tras dictar una sentencia condenatoria, pero que no son la pena principal que se impone al delincuente (por ejemplo, una pena de prisión, una multa u otra pena no privativa de libertad)[117]. En ese sentido, se trata de órdenes accesorias a la pena principal (o adicionales a esta), lo cual no quiere decir que no sean importantes o que no tengan consecuencias importantes para el delincuente. Al contrario, las órdenes de restitución o indemnización, por ejemplo, deberían tener prioridad sobre las multas, como ya se ha indicado. Además, las órdenes que inhabilitan a una persona física o jurídica para desempeñar una ocupación, realizar una actividad o ser titular de una licencia, un permiso o un certificado pueden constituir penas considerables para el infractor en cuestión.

En la presente sección se examinan varias órdenes que se suelen clasificar como órdenes accesorias en el derecho interno y que deberían tenerse en cuenta al elaborar leyes para prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Se trata de órdenes de restitución o indemnización, órdenes de decomiso y disposición, y órdenes de inhabilitación.

Se debe tener en cuenta que el examen de las órdenes bajo el título de "órdenes accesorias" se entiende sin perjuicio de la forma en que se clasifiquen en el derecho interno. Lo que se considera una orden accesoria y, por el contrario, lo que puede ordenarse como tipo de pena independiente variarán entre unas jurisdicciones y otras. Por ejemplo, hay jurisdicciones en que las órdenes de restitución o indemnización o las órdenes de inhabilitación pueden considerarse tipos de penas independientes en el derecho interno.

Además, aunque las medidas descritas en la presente sección se analizan en el contexto de las sanciones y la imposición de penas, debería tenerse en cuenta que hay jurisdicciones en que no se requiere una condena penal para dictar una orden para imponer algunas de las medidas examinadas. Por ejemplo, hay jurisdicciones en que son posibles los procedimientos de decomiso sin condena (también denominados "decomiso civil" o "decomiso *in rem*")[118]. En algunas jurisdicciones, las órdenes de restitución e indemnización también pueden dictarse independientemente de la existencia de una condena penal. Cuando proceda, los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer procedimientos para imponer esas medidas en ausencia de una condena penal.

Órdenes de restitución, indemnización y remediación

En virtud del artículo 25, párrafo 2, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes han de establecer procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención obtener restitución e indemnización. Aunque en la Convención no figuran más detalles sobre los tipos de procedimientos que pueden ser adecuados para ese fin, los Estados deberían considerar que los procedimientos que posibilitan que se dicten órdenes de restitución e indemnización como órdenes accesorias son un medio para que las víctimas de la minería ilegal obtengan restitución e indemnización.

[117] Andrew Ashworth y Rory Kelly, *Sentencing and Criminal Justice* (Londres, Bloomsbury Publishing, 2021), pág. 348.

[118] Si se desea más información sobre el decomiso sin condena, véase Theodore S. Greenberg *et al.*, *Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* (Washington D. C., Banco Mundial, 2009).

Si bien las descripciones y definiciones nacionales de los conceptos pueden variar, a los efectos de la presente guía se entiende que la restitución se refiere a las medidas que pretenden devolver a la víctima o las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de que se cometiera el delito, mientras que la indemnización se refiere a la entrega de pagos a las víctimas por daños, perjuicios, lesiones o pérdidas.

La disposición modelo 30 tiene por objeto proporcionar orientación acerca de las cuestiones que los Estados tal vez deseen tener en cuenta al elaborar disposiciones sobre la restitución e indemnización a las víctimas de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Solo será necesario incluir disposiciones que garanticen la restitución y la indemnización si el derecho interno no prevé ya procedimientos adecuados que aseguren la indemnización o restitución en procesos comprendidos en la presente guía.

El párrafo 1 de la disposición modelo 29 establece que los tribunales pueden dictar una orden de restitución o indemnización al imponer una pena al acusado, independientemente de si la fiscalía lo ha solicitado o no. Aunque esta disposición modelo no obliga al tribunal a considerar la posibilidad de disponer ni a ordenar la restitución o la indemnización, pueden adoptarse estos enfoques. El modelo que se propone en la disposición modelo 29 garantiza que las víctimas no estén obligadas a solicitar una indemnización mediante otras acciones judiciales, como los procesos civiles, que tal vez no sean viables para muchas víctimas.

En los párrafos 2 y 3 de esta disposición modelo se indica la diferencia entre los objetivos de la restitución y los de la indemnización y se proporcionan listas no exhaustivas de los elementos que deben contener las órdenes judiciales de restitución e indemnización. Esas disposiciones reflejan el espíritu y la letra de los párrafos 8 a 13 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder[119].

Por medio del párrafo 4 se procura garantizar que los tribunales tengan debidamente en cuenta los medios y la capacidad de la persona condenada a la hora de dictar una orden de restitución o indemnización. Cuando los medios del delincuente sean limitados, se debería dar prioridad al pago de la indemnización sobre el pago de cualquier otra sanción económica. En el párrafo 6 se señala que, si el delincuente no tiene posibilidades de pagar, la víctima puede tener derecho a recibir una indemnización del Estado.

El modelo de restitución e indemnización establecido por la disposición modelo 29 está supeditado a la condena penal del delincuente. Sin embargo, cabe señalar que ese no es el único modelo disponible. Hay Estados en que las víctimas también pueden obtener una restitución o indemnización independientemente de que se condene o no al delincuente. Cabe recordar que la obligación que figura en el artículo 25, párrafo 2, de la Convención contra la Delincuencia Organizada es la obligación general de establecer procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención obtener indemnización y restitución. Al establecer leyes para prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, los Estados deberían considerar si las víctimas tienen acceso efectivo a la restitución y la indemnización en los casos en que los delincuentes no puedan ser descubiertos, localizados, extraditados o enjuiciados.

[119] Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo.

DISPOSICIÓN MODELO 29
RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

1. Cuando un delincuente sea condenado por un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…], el tribunal podrá ordenarle que pague una restitución o indemnización a las víctimas, además de cualquier otra pena que imponga el tribunal o en lugar de cualquier otra pena.

2. El objetivo de la orden de restitución será devolver a la víctima a la situación en que se encontraba antes de la comisión del delito. En la orden de restitución podrán disponerse una o varias de las siguientes formas de restitución:

a) la devolución a la víctima de los bienes sustraídos por la persona condenada;

b) la devolución a la víctima del valor de la ganancia obtenida ilícitamente por la persona condenada; o

c) la restauración del hábitat por los daños provocados al medio ambiente.

3. El objetivo de la orden de indemnización será compensar a la víctima por cualquier perjuicio, pérdida o daño causado por el delincuente. La indemnización podrá abarcar el pago total o parcial de lo siguiente:

a) los gastos del tratamiento médico, físico, psicológico o psiquiátrico que contrajo o ha de contraer la víctima;

b) los gastos de fisioterapia y ergoterapia o de rehabilitación que contrajo o ha de contraer la víctima;

c) los gastos necesarios de transporte, cuidado temporal de niños, vivienda temporal o desplazamientos de la víctima a un lugar de residencia provisional seguro;

d) los ingresos y remuneraciones que haya dejado de percibir la víctima y que se adeuden de conformidad con la legislación y los reglamentos nacionales en materia de remuneraciones;

e) los honorarios de abogados y demás gastos y costas que haya contraído la víctima, incluidos los gastos relacionados con la participación de la víctima en la investigación y el proceso penales;

f) el daño físico o psicológico, el malestar psíquico o el daño moral padecidos por la víctima como consecuencia de la comisión del delito; y

g) cualquier otro gasto o pérdida sufridos por la víctima como resultado directo de la conducta del delincuente y que el tribunal estime razonables dadas las circunstancias.

4. Al dictar una orden de restitución o indemnización, el tribunal tendrá en cuenta los medios y la capacidad de la persona condenada para pagar la restitución o indemnización y dará prioridad a una orden de restitución o indemnización sobre una multa.

5. Ni la situación migratoria de la víctima, ni su regreso a su país de nacionalidad o residencia habitual ni su ausencia de la jurisdicción serán óbice para el pago de una indemnización o restitución con arreglo al presente artículo.

6. Si no es posible que la persona condenada pague la restitución o indemnización, la víctima tendrá derecho a indemnización con cargo a [*introdúzcase el nombre del fondo nacional de indemnización*].

7. Cuando la persona condenada sea un funcionario público cuyos actos constitutivos de un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] hayan sido realizados bajo la autoridad real o aparente del Estado, el tribunal podrá ordenar al Estado que pague una restitución o indemnización a la víctima [de conformidad con [*introdúzcase la legislación nacional pertinente*]]. La orden de indemnización con cargo al Estado en virtud del presente artículo podrá incluir el pago total o parcial de los rubros enunciados en el párrafo 3, apartados *a)* a *g)*.

EJEMPLO NACIONAL

INDONESIA: LEY DE EXTRACCIÓN DE MINERALES Y CARBÓN DE 2009, MODIFICADA EN 2020

Artículo 145

1) Los miembros de la comunidad que estén directamente expuestos a los efectos negativos de las actividades de las empresas mineras tendrán derecho a lo siguiente:

a) obtener una indemnización justa como resultado de la mala gestión de las actividades mineras de conformidad con la legislación.

b) interponer una demanda ante el tribunal relativa a las pérdidas derivadas de la mala gestión de las empresas mineras.

[…]

Una cuestión conexa es la relación de las órdenes de restitución a las víctimas y las órdenes de remediación de los daños ambientales causados por la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales. Al igual que la restitución, la remediación también tiene como objetivo devolver a la situación que había antes del daño. Aunque el uso de la terminología puede variar en función de la jurisdicción, a efectos de la presente guía por remediación se entenderán los actos para reparar o mitigar el daño que se ha causado, se puede causar o se causará a un entorno, hábitat o lugar, mientras que por restitución se entienden los actos para reparar el daño causado a una víctima. Es importante que los tribunales o autoridades ambientales competentes estén facultados para dictar órdenes de remediación de los daños ambientales, independientemente de que el autor haya sido declarado culpable o no y de que se haya producido ya un daño o no. También puede ser conveniente que los Estados estudien la posibilidad de que la responsabilidad de reparar los daños ambientales que no pueda atribuirse a una parte responsable sea asumida y los daños mitigados por el Estado. Asimismo, los Estados deberían establecer procedimientos apropiados para garantizar la remediación de los daños ambientales causados por la minería ilegal en los casos en que no se pueda descubrir quién es el responsable o no se pueda ordenar a este efectivamente que repare los daños ambientales causados porque sea insolvente o no se encuentre en la jurisdicción, o por cualquier otra razón.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1100, QUE REGULA LA INTERDICCIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL EN TODA LA REPÚBLICA Y ESTABLECE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Artículo 9. Acciones del Estado para el ordenamiento de la minería en pequeña escala

[…]

9.3. El Estado promueve la recuperación de las zonas degradadas por la minería ilegal. Para este efecto, mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Energía y Minas y Ministerio del Ambiente, se elaborará y aprobará el Plan de Recuperación de los Impactos Ambientales generados por la minería ilegal así como por la Pequeña Minería y Minería Artesanal, en el marco del proceso de recuperación de las zonas degradadas por la minería ilegal, para lo cual realizarán las acciones necesarias y de ser el caso, gestionarán los recursos para tales efectos. En los casos donde la actividad minera ilegal haya producido desbosque, el Plan de Recuperación de Impactos Ambientales incluirá necesariamente un Plan de Reforestación.

[…]

PERÚ: DECRETO LEGISLATIVO Nº 1100, QUE REGULA LA INTERDICCIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL EN TODA LA REPÚBLICA Y ESTABLECE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS [*continuación*]

Artículo 11. De las actividades del Estado para la remediación ambiental

El Estado promoverá la participación de la empresa estatal Activos Mineros S.A.C. para remediar los pasivos ambientales mineros originados por la actividad minera ilegal. Activos Mineros S.A.C. podrá participar, además, en la remediación de pasivos a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por Decreto Supremo Nº 059-2005-EM y sus modificatorias, asumiendo, cuando corresponda, el derecho de repetición a que se refiere el artículo 22 del mismo reglamento. Para este efecto, constitúyase un Fondo de Remediación Ambiental a cargo de Activos Mineros S.A.C.

Órdenes de decomiso

La cuestión de la incautación y el decomiso en el marco de la Convención contra la Delincuencia Organizada se examinó en el capítulo 4. Como se indicó en ese capítulo, en virtud del artículo 12, párrafo 1, de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de adoptar, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso tanto del producto de los delitos comprendidos en la Convención como de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención.

Los Estados deberían asegurarse de que las órdenes de decomiso de ese producto, bienes, equipo y otros instrumentos puedan dictarse como órdenes accesorias al imponer las penas por los delitos contemplados en la presente guía. En los casos en que eso no esté previsto adecuadamente en otras leyes, tales órdenes deberían preverse en la legislación para combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales.

Los Estados partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada también deberían ser conscientes de las obligaciones que les incumben en materia de cooperación internacional para fines de decomiso y de disposición del producto del delito o de los bienes decomisados, de conformidad con los artículos 13 y 14 de la Convención.

Los Estados deberían prever el almacenamiento, la utilización o la enajenación de los artículos decomisados. En el caso de los diamantes y el oro, por ejemplo, una buena práctica es organizar subastas públicas y destinar los ingresos recaudados a una causa pública. Hay ocasiones en que los Estados pueden asignar los artículos decomisados a instituciones u organismos pertinentes con fines de evaluación, investigación científica y capacitación.

Órdenes de inhabilitación y cancelación de licencias, permisos o certificados

Entre las otras órdenes que puede ser apropiado que dicte un tribunal para responder a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales están las que prohíben a una persona física o jurídica llevar a cabo determinadas actividades. Por ejemplo, puede ser conveniente que un tribunal inhabilite a una persona física para realizar actividades mineras durante determinado período de tiempo. Al hacerlo, puede ser apropiado que un tribunal ordene que se cancele la licencia, el permiso o el certificado de una persona física o jurídica para llevar a cabo determinadas actividades en relación con la minería o que se prohíba a esa persona física o jurídica solicitar una licencia, un permiso o un certificado de ese tipo durante determinado período de tiempo.

Al igual que en el caso de las demás órdenes analizadas en la presente sección, puede ser conveniente que los tribunales o las autoridades competentes dicten órdenes de inhabilitación, cancelen licencias, permisos o certificados y prohíban a una persona solicitar una licencia, un permiso o un certificado, independientemente de que se hayan emprendido actuaciones penales contra ella. Esas órdenes podrían dictarse, por ejemplo,

sobre la base del incumplimiento por los directores de una empresa de las funciones que les incumben o del incumplimiento de las condiciones de una licencia, un permiso o un certificado.

Los Estados deberían establecer mecanismos y procedimientos claros para la suspensión, la revocación o la cancelación de licencias, permisos o certificados en las circunstancias adecuadas. Corresponde a cada Estado determinar las circunstancias en que puede o debe revocarse o cancelarse una licencia, un permiso o un certificado. Las condiciones para la revocación o cancelación de licencias, permisos o certificados varían ampliamente. Pueden incluir el incumplimiento de las leyes o reglamentos sobre minería o de determinadas condiciones de la licencia, el permiso o el certificado; la condena del titular de la licencia, el permiso o el certificado por un delito o en caso de falsedad u omisión; el impago de impuestos, cánones o tasas; violaciones de los derechos humanos; o la revocación de una licencia, un permiso o un certificado en aras del interés público (por ejemplo, la prohibición de la minería en una zona protegida).

EJEMPLO NACIONAL

COLOMBIA: CÓDIGO DE MINAS DE 2001

Artículo 163. Inhabilidad especial

Quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras por un término de cinco (5) años. […]

EJEMPLO NACIONAL

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: CÓDIGO MINERO DE 2002, MODIFICADO POR LA LEY NÚM. 18/001, DE 2018

Artículo 27. Las personas que se indican a continuación no pueden solicitar ni obtener el carné de minero artesanal, el carné de comerciante, la autorización como cooperativa minera o de productos de cantera, ni la autorización como comerciante de minerales obtenidos mediante de la minería artesanal:

[…]

c) las personas a las que se les prohíba hacerlo, en particular:

a. las personas condenadas, mediante sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, por violaciones de la legislación sobre minería y canteras o la relativa a las actividades económicas relacionadas con los derechos mineros y de canteras de esas personas y con las empresas afiliadas, por un período de diez años;

b. las personas a las que se les haya retirado el carné de minero artesanal o de comerciante, por un período de tres años;

c. las personas a las que se les haya retirado la autorización como comerciantes de minerales obtenidos mediante la minería artesanal, por un período de cinco años.

EJEMPLO NACIONAL

MALÍ: CÓDIGO DE MINERÍA DE 2019

Artículo 189. Los permisos de explotación minera concedidos en virtud de este código serán revocados de conformidad con las disposiciones de este capítulo, sin reembolso ni indemnización, por cualquiera de las siguientes razones:

[…]

B. En el caso de los permisos de minería artesanal o semimecanizada:

a) no iniciar los trabajos en un plazo de seis (6) meses a partir de la fecha de expedición del permiso sin una razón válida;

b) la suspensión de las actividades mineras por el titular del permiso durante más de un (1) año sin una razón válida;

c) el impago, en el plazo establecido, del impuesto especial sobre los productos mineros comercializables que se hayan extraído y vendido;

d) el tráfico de minerales procedentes de una zona distinta a la que se aplica la autorización, o el blanqueo de dinero;

e) la utilización de métodos o procesos no autorizados, incluido el uso de mercurio o de explosivos sin autorización;

f) la utilización de mano de obra infantil en las operaciones mineras o en cualquier actividad minera que viole los derechos humanos reconocidos por la República de Malí;

g) realizar operaciones que afecten negativamente a las condiciones de vida de una comunidad ribereña;

h) el incumplimiento grave de las obligaciones en materia de higiene, seguridad, salud pública o protección ambiental.

Sanciones para personas jurídicas

En las secciones anteriores de la guía se examinan las penas privativas y no privativas de libertad, así como las órdenes accesorias. Algunas de las sanciones consideradas en esas secciones, como las multas y las órdenes accesorias, son aplicables tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. Otras, como la pena de prisión, solo son aplicables a las personas físicas. A diferencia de lo que ocurre con una persona física, no se puede encarcelar a una empresa. También existen sanciones que solo pueden imponerse a una persona jurídica, como las órdenes de disolución o liquidación. En la disposición modelo 30, que figura a continuación, se proponen distintos ejemplos de sanciones susceptibles de ser impuestas después de condenar a una persona jurídica.

DISPOSICIÓN MODELO 30
SANCIONES PARA PERSONAS JURÍDICAS

La persona jurídica que sea declarada culpable de un delito al que se aplique [la presente ley/el presente capítulo/…] estará sujeta a una o más de las siguientes sanciones:

a) una multa que no exceda de:

i) [importe máximo]; o

ii) [x] veces el valor total del beneficio obtenido o del daño causado que se atribuya razonablemente al delito; o

iii) [si el tribunal no puede determinar el valor total del beneficio o daño,] el [x] % de la facturación anual de la persona jurídica durante el período de 12 meses anterior a la comisión del delito;

b) el decomiso del producto y los instrumentos del delito;

c) ordenar que la persona jurídica publique la sentencia del tribunal incluyendo, en su caso, los detalles del delito y la naturaleza de la sanción impuesta;

d) ordenar que la persona jurídica realice determinadas actividades o establezca o lleve a cabo un proyecto declarado para el beneficio público;

e) ordenar que la persona jurídica sea puesta bajo supervisión judicial por un período máximo de [x] años;

f) una revisión por parte de un monitor independiente designado por el tribunal con el fin de informar al tribunal sobre los esfuerzos de la persona jurídica para implantar una cultura de la legalidad;

g) la prohibición [con carácter permanente/por un período máximo de [x] años] del ejercicio, directo o indirecto, de una o más actividades sociales o profesionales;

h) ordenar la cancelación de [un/a [*introdúzcase el término pertinente para la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]] que obre en posesión de la persona jurídica;

i) ordenar la inhabilitación [temporal/permanente] de la persona jurídica para solicitar [un/a [*introdúzcase el término pertinente para la licencia, el permiso, el certificado, etc.*]] para llevar a cabo determinadas actividades;

j) ordenar el cierre [temporal/permanente] del establecimiento o de uno o más de los establecimientos de la persona jurídica que se hubiera o hubieran utilizado para cometer los delitos en cuestión;

k) ordenar la inhabilitación [temporal/permanente] de la persona jurídica para licitar, para obtener prestaciones o ayudas públicas, [y/o] para participar en la contratación pública;

l) inhabilitar [temporalmente/permanentemente] a la persona jurídica para la práctica de otras actividades comerciales [y/o] para la creación de otra persona jurídica;

m) ordenar la disolución de la persona jurídica, si su actividad se hubiera utilizado total o predominantemente para perpetrar delitos o si se hubiera creado con el fin de cometer alguno de los delitos a los que se aplica [la presente ley/el presente capítulo/…]; o

n) otras órdenes que el tribunal considere justas.

EJEMPLO NACIONAL

PERÚ: LEY Nº 30424/2016, QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL, MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1352

Artículo 5. Medidas administrativas aplicables

El juez, a requerimiento del Ministerio Público, puede disponer, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1:

a) Multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7;

b) Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:

i) Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años;

ii) Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años;

PERÚ: LEY Nº 30424/2016, QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL, MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1352 [*continuación*]

iii) Para contratar con el Estado de carácter definitivo;

c) Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales;

d) Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años;

e) Disolución.

OBSERVACIONES FINALES

El objetivo de la presente guía es proporcionar los instrumentos básicos para establecer marcos legislativos para investigar, enjuiciar y castigar los delitos de minería ilegal y tráfico de metales y minerales. Al principio, se exponen varias consideraciones generales para los Estados, incluido el marco jurídico internacional, y se hace referencia no solo a la Convención contra la Delincuencia Organizada y a la Convención contra la Corrupción, sino también al derecho ambiental internacional y al derecho internacional de los derechos humanos. En los siguientes capítulos se examinan los temas, cuestiones y disposiciones que deberían contemplarse en las leyes relativas a la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, o que deberían tenerse en cuenta al elaborar esas leyes. Con tal fin, en la guía se presentan orientaciones y, cuando corresponde, disposiciones legislativas modelo para tipificar como delitos esos actos y conductas conexas, así como para adoptar disposiciones relativas a las investigaciones, los mandatos nacionales, la cooperación internacional, el enjuiciamiento de los delincuentes, la jurisdicción de los órganos judiciales y las sanciones y la imposición de penas. También se contemplan los mecanismos de prevención, las normas y estándares internacionales y los reglamentos nacionales existentes en materia de diligencia debida y transparencia en las cadenas de suministro de minerales. En resumen, con la presente guía se pretende ofrecer una visión general de las cuestiones relacionadas con la elaboración de leyes para prevenir y combatir la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales desde el punto de vista de la justicia penal, así como de los instrumentos básicos para que las instancias legisladoras promulguen o refuercen tales leyes.

Sin embargo, esta guía no es exhaustiva. Cabe recordar que su público destinatario principal lo integran las instancias normativas y legisladoras y quienes redactan los textos legislativos. Por consiguiente, aunque en ella también se tratan una serie de cuestiones relacionadas con la investigación, el enjuiciamiento y la adopción de decisiones judiciales respecto de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales, no se examinan de forma exhaustiva las cuestiones pertinentes para los organismos encargados de hacer cumplir la ley, el ministerio público y la judicatura. También cabe destacar que el enfoque adoptado en la presente guía se basa en el punto de vista de la justicia penal, en particular de la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En ese sentido, es importante resaltar que el problema de la minería ilegal y el tráfico de metales y minerales no puede resolverse únicamente mediante enfoques de justicia penal. Más bien, esos enfoques deben formar parte de una solución global, que se base en un sistema regulador, haga especial hincapié en la prevención de esos delitos en primer lugar e implique una alianza de múltiples sectores de la sociedad para no dejar a nadie atrás.

UNODC
Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0; fax: (+43-1) 263-3389; www.unodc.org

2210659