



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

Aprobado Acta No. 257

SP3202-2018

Radicación: 49673

Bogotá D.C., ocho (08) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

La Corte profiere fallo de casación, luego de admitida la demanda presentada por el representante de víctimas, contra la sentencia de segunda instancia que emitió el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de noviembre de 2016, confirmatoria de la del Juzgado 23 Penal del Circuito de la misma ciudad, que absolvió a YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ del delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales agravado.

HECHOS

En la mañana del 31 de marzo de 2012, YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ arribó en un bus intermunicipal al módulo 5 de la terminal de transporte de Bogotá proveniente del departamento de Bolívar. En ese lugar, integrantes del grupo ambiental de la Policía Nacional desarrollaban labores de control de fauna y flora.

Ante la actitud sospechosa de la nombrada, miembros de la Fuerza Pública inspeccionaron el contenido de la nevera que llevaba consigo y constataron que en su interior, además de carne de res, debajo de ésta había una bolsa plástica con partes de un animal que por sus características al parecer correspondían a varias tortugas.

Este hallazgo llevó a que los policiales solicitaran el apoyo de la oficina de enlace de la Secretaría Distrital de Ambiente, entidad que confirmó que en efecto los restos incautados eran del espécimen *Trachemys Scripta*, comúnmente conocida como tortuga hicotea, la cual está catalogada por la norma ambiental como en grado de amenaza. Así mismo singularizó los elementos hallados, respecto de los cuales fue establecido entonces, que consistían en 3 cabezas, 12 apéndices y vísceras con un peso total de 1.12 kilogramos.

La citada DELGADO GONZÁLEZ no disponía del salvoconducto único de movilización, ni del permiso de aprovechamiento para su tenencia o transporte, motivo por el cual se procedió a su captura.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los hechos antes narrados, la Fiscalía, en audiencia preliminar de 31 de marzo de 2012, imputó a YENIS PAOLA DELGADO el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales, en la modalidad de transportar, agravado (Art. 328 C.P., inciso 2º), cargo que ésta rechazó.

2. La acusación fue formulada el 24 de septiembre de 2012, ante el Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, autoridad que luego de adelantadas las audiencias preparatoria y de

juicio, emitió fallo el 11 de agosto de 2016, en el que absolvió a la acusada por falta de antijuridicidad material.

3. El fallo fue recurrido por la Fiscalía y por la Secretaría Distrital de Ambiente en su condición de víctima.

4. Conoció del recurso el Tribunal de Bogotá que confirmó la sentencia de primera instancia. Uno de los magistrados salvó su voto.

5. Interpuso demanda de casación el apoderado de la víctima, reconocido desde fases anteriores, la cual fue admitida por la Corte el 23 de agosto de 2017.

6. La audiencia de sustentación del recurso se llevó a cabo el 23 de abril de 2018.

LA DEMANDA

1. El representante de la Secretaría de Ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá promueve como primer cargo contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, la violación directa de la ley sustancial por indebida interpretación del artículo 328 del Código Penal, ya que, agrega, el fallador desnaturalizó el sentido de la norma, al aplicar erróneamente la figura de la antijuridicidad material, lo cual condujo a la absolución de la acusada.

Afirma que la materialidad del delito fue plenamente demostrada, tal y como lo dedujo el juez de primer grado, toda vez que la acusada fue capturada en la terminal terrestre de Bogotá porque transportaba una caja contentiva de subproductos de tortuga sin contar con el salvoconducto único de movilización, ni el permiso de aprovechamiento para su tenencia o transporte.

Expone las razones del sentenciador para concluir que la conducta enrostrada no era antijurídica desde el punto de vista material, dada su *irrelevancia jurídica*, aspecto que fue deducido bajo el argumento de que por tratarse este de un delito de peligro es necesario establecer si el comportamiento del actor significó una real puesta en peligro para el bien jurídico, para lo cual es necesario tener en cuenta varios criterios como la clasificación en que se halle el animal, la cantidad de recurso fáunico y el *modus operandi*.

Refiere que en criterio del Tribunal no se causó daño al bien jurídico debido a que la tortuga hicotea no es una especie en estado crítico, ni en peligro, sino solo vulnerable, además de que como se trató de solo tres ejemplares frente a las 13.644 tortugas de esta especie, que se calcula, se consumen en algunos departamentos del país en época de semana santa, no se generó daño alguno al bien tutelado.

A juicio del recurrente la anterior interpretación resulta equivocada, toda vez que los elementos normativos del tipo penal no exige el transporte de grandes cantidades de individuos, puesto que el objeto de protección es la fauna silvestre y la biodiversidad del país, motivo por el que se prohíbe su aprovechamiento por parte de particulares.

En seguida cita una serie de normas que protegen la especie que era transportada por la acusada, y se encuentra amenazada por ser altamente vulnerable de acuerdo con la catalogación que al respecto maneja el Ministerio de Ambiente, ya que enfrenta un riesgo inminente de extinción en estado silvestre.

El recurrente también alude a convenios internacionales en los que Colombia se ha comprometido a la protección de la tortuga y su hábitat a raíz de que en las últimas décadas esta especie ha sufrido una reducción considerable en su población, precisamente debido a su caza y comercialización para el consumo humano y venta de neonatos o jóvenes para mascotas.

Pasa a referirse el censor al principio de lesividad, el cual debe también analizarse desde los derechos de las víctimas y de máximas constitucionales como la defensa de un orden justo, el derecho a la igualdad, el acceso a la administración de justicia, las garantías de verdad, justicia y reparación, por manera que tienen que ponderarse frente a los intereses del Estado de reducir la persecución penal.

Frente al caso concreto el recurrente señala que la protección al bien jurídico ha de ser estricta por tratarse de recursos fáunicos amenazados y en vía de extinción, razón por la que la conducta enrostrada a la acusada no puede catalogarse como delito bagatela. En sustento de lo afirmado se recuerda las sentencias C-595 de 2010 y C-449 de 2015.

Precisa el libelista que el comportamiento cometido por YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ afectó los recursos naturales y el medio ambiente al transportar carne de una especie protegida y vulnerable, contribuyendo con ello a la degradación del ecosistema.

Reafirma la culpabilidad de la procesada al conducir su actuar, con voluntad y libertad, a transportar subproductos de tortuga hicotea, haciendo caso omiso a las diferentes campañas

que se adelantan para desalentar el consumo de esta especie por el grave daño que se causa al ecosistema.

La petición frente a este cargo es que se case la sentencia para que se condene a YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ como autora del punible de ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables agravado.

2. El segundo reparo contra la sentencia del Tribunal de Bogotá lo encamina igualmente por la senda de la violación directa de la norma sustancial por indebida interpretación de la circunstancia agravante prevista en el inciso segundo del artículo 328 del Código Penal.

Concreta la queja en que el Tribunal, a partir de las Resoluciones 584 de 2002 y 383 de 2010 del Ministerio de Ambiente y del listado elaborado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales, concluyó que la tortuga hicotéa se encuentra en un nivel inferior de amenaza.

Sostiene que el delito en cuestión es un tipo penal en blanco, pues impone la remisión a otras normas de carácter administrativo para verificar sus elementos, a saber, las Resoluciones 584 de 2002 y 383 de 2010 del Ministerio de Ambiente, las cuales enlistan y declaran las especies amenazadas sin importar la categoría en la cual se encuentren porque en todo caso se encuentran en peligro de extinción, dentro de las que se incluye la tortuga hicotéa, motivo por el que se satisface el presupuesto fáctico de la agravante del artículo 328 de la norma penal sustantiva.

Al igual que con el reproche anterior, la solicitud es que se case la sentencia para que se condene a la procesado por el delito descrito en el precepto indicado con la agravante prevista en el inciso segundo del mismo mandato.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Parte recurrente: Representante de Víctimas- Secretaría Distrital de Ambiente

Reitera el demandante la violación directa de la ley por indebida interpretación del artículo 328 del Código Penal que tipifica el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales, ya que a los elementos normativos del tipo como a los verbos rectores, el Tribunal les da una significación que no corresponde con su real sentido.

Señala que a partir de aspectos cualitativos como cuantitativos, el fallador de segundo grado concluye la carencia de antijuridicidad material en la conducta enrostrada a DELGADO GONZÁLEZ, lo que el censor considera equivocado, puesto que la especie tortuga hicotea es vulnerable y así lo ha declarado el Estado, motivo por el que el legislador quiso proteger las especies en esa condición a través de la tipificación de conductas como la descrita en el artículo 328 de la norma penal sustantiva. Adicionalmente, que la procesada transportara tan solo 1.2 kilogramos de carne de este animal, no descalifica la antijuridicidad de la conducta.

Cita los artículos 78 y 80, numerales 8 y 9, de la Constitución Política para resaltar que es uno de los fines del Estado la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

Precisa que el análisis del Tribunal no giró en torno al delito imputado, sino al daño a los recursos naturales que si requiere la lesión efectiva al bien jurídico.

Reitera que la tortuga hicotea es una especie amenazada por lo que está protegida a nivel nacional e internacional, dado su alto grado de vulnerabilidad. En ese orden, expresa que, el artículo 328 ya citado, no exige que las personas que incurren en cualquiera de los verbos rectores allí descritos, deban tener un número determinado de individuos o de kilogramos de su carne, basta un solo espécimen para que se incurra en el delito.

Afirma que hay una incorrecta interpretación normativa, por cuanto el *ad quem* tomó los elementos de la agravante específica como si fueran propios del tipo, ya que concluye que como la especie tortuga hicotea no está en peligro de extinción, entonces no hay delito.

Frente a la referida agravante, sostiene el recurrente que la misma concurre en este caso por tratarse de una especie protegida de acuerdo con la Resolución 383 de 2010 del Ministerio de Ambiente.

Concluye que sí hay antijuridicidad material en la conducta de la procesada, puesto que se está afectando la fauna silvestre y agrega, de acoger los argumentos del Tribunal, se toleraría esta

clase de comportamiento que con el tiempo puede llevar a la extinción de la especie.

2. Fiscalía General de la Nación

El delegado del ente acusador inicia su intervención como no recurrente señalando que la protección del ambiente y los recursos naturales ha sido objeto de preocupación en el ámbito nacional e internacional, por ello Colombia ha suscrito varios tratados y cuenta con diversidad de norma internas sobre el particular.

Alude a la sentencia C-595 de 2010 y al fallo de la Corte Suprema de Justicia con radicación 33398, en donde se adoptaron decisiones en pro de la protección del medio ambiente, en el último, a través de la condena por el delito de daño en los recursos naturales.

Expone la Fiscalía que la tipificación de conductas atentatorias o que pongan en riesgo la riqueza natural tienen como finalidad la tutela de un bien jurídico autónomo, en orden a generar conciencia social sobre el daño al medio ambiente, al tiempo que buscan favorecer el efecto de prevención general de la pena y lograr un objetivo pedagógico y científico.

Pasa a referirse a la estructura del tipo penal del artículo 328 del Código Penal, el cual es de sujeto activo indeterminado, de conducta alternativa y compuesta y que requiere de la remisión a otras normas para verificar sus elementos como el Decreto 1608 de 1978 y las Resoluciones 584 de 2002 y 383 de 2010. Precisa que también se trata de un delito de peligro, puesto

que existe una tutela anticipada para la protección del bien jurídico, lo cual conlleva a que la conducta se castigue autónomamente aun cuando no se genere un daño efectivo a los recursos naturales.

Para el caso en estudio, añade el delegado Fiscal, se protegen bienes colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor; basta que el comportamiento sea idóneo para amenazar el bien jurídico sin que se requiera su lesión. Afirma entonces que es esta la situación que se presenta en el asunto analizado, toda vez que la acusada transportó desde la ciudad de «Barranquilla» una especie amenazada, incurriendo con ello en el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales, con independencia de cuál era su propósito, y sin que ese proceder se pueda catalogar como delito bagatelar, pues ciertamente se cometió un atentado contra la biodiversidad.

En cuanto a la pena, sostiene que con la sanción a conductas como la desplegada por la procesada se privilegia la prevención general, se cumplen los fines pedagógicos y científicos, pero además se protegen intereses colectivos.

Indica que, en palabras de la Corte Constitucional, no se trata de un «amor platónico» a la naturaleza, sino de dar respuesta a un problema que de seguirse agravando daría lugar a una cuestión de vida o muerte, tal y como se sostiene en la sentencia C-150 de 2005.

En ese orden, la cantidad y el bajo valor de las partes o el consumo cultural aceptado, no pueden ser criterios suficientes

para calificar la antijuridicidad de la conducta, porque por esa vía se podría llegar a la extinción de esa especie sin poder imputar a cada una de las personas que realiza este tipo de comportamientos por presentar carencia de lesividad.

El representante de la Fiscalía solicita casar la sentencia para que se declare responsable a YENIS PAOLA DELGADO del delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales agravado.

3. Procuraduría General de la Nación

La representante del Ministerio Público indica que el Tribunal al momento de desarrollar los argumentos para responsabilizar a la acusada, aludió a la ausencia de antijuridicidad material pero no se generó discusión en torno a los elementos del tipo objetivo.

Sostiene que al margen de la antijuridicidad, a la Fiscalía corresponde demostrar la tipicidad subjetiva, en este caso, que YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ conocía y quería lesionar el bien jurídico, lo cual resulta bastante discutible si en cuenta se tiene que ésta le manifestó a las autoridades policivas que la carne de la tortuga hicotea que transportaba era para su consumo personal.

En criterio de la delegada de la Procuraduría, la conducta de la acusada es carente de dolo, teniendo en cuenta sus condiciones personales y el lugar de donde provenía (Barranquilla), puesto que aunque se trate de un delito de peligro de todas formas se requiere la demostración del dolo.

Plantea la existencia de error de tipo vencible que debe quedar impune, ya que el delito enrostrado no contempla la modalidad culposa.

En esa medida, solicita que se mantenga la decisión absolutoria del Tribunal.

4. Defensa de la acusada

Acoge la posición del Ministerio Público porque la conducta de su representada no comporta antijuridicidad material.

Señala que además la acción penal se encuentra prescrita toda vez que los hechos datan de 12 de marzo de 2012, misma fecha en la que se formuló imputación y la sanción para el delito atribuido es de 9 años de prisión, término que se reduce a la mitad y que a la fecha ya se cumplió.

En su parecer la conducta no se cometió con dolo directo, en tanto que la procesada no tenía la intención de acabar con el recurso natural en todo el territorio nacional, en donde existen tortugas hicoteas por casi todas las fincas del país.

Estima que no puede equipararse a este caso el hecho juzgado con anterioridad por la Sala de Casación en el que se sancionó la quema de una porción de un bosque nativo porque allí sí se generó la pérdida de «*millones*» de animales, mientras que en el presente asunto, se agota el sistema de justicia por tres tortugas.

La petición de la defensa es que no se case el fallo recurrido dado que el recurrente no expuso los fines que perseguía con el recurso ni el interés que le asistía, el cual no puede ser el de conservar el recurso natural, puesto que existen otros mecanismos.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión Previa-Prescripción de la acción penal

Antes de abordar el estudio de fondo de los cargos propuestos en la demanda, la Sala verificará la vigencia de la acción penal, toda vez que la defensa en la audiencia de sustentación del recurso de casación promovido por la víctima, planteó la extinción de la acción penal por prescripción de la misma.

Si bien es cierto, la defensa no recurrió la sentencia de segunda instancia, pues esta fue absolutoria, de todas maneras como la vigencia de la acción penal es un aspecto ligado a la garantía del debido proceso, la Corte dará respuesta a la inquietud promovida por el no recurrente.

Se tiene entonces que los hechos fueron cometidos el 31 de marzo de 2012, misma fecha en que la procesada YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ fue sorprendida transportando restos de carne de tortuga hicoatea sin contar con el permiso administrativo. Por esta razón en la misma fecha se le formuló imputación por el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales agravado, conducta prevista en el artículo 328 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1453 de

2011 y que contempla una pena de 48 a 108 meses de prisión, la cual se aumenta de una tercera parte a la mitad por razón de la circunstancia agravante, motivo por el que los rangos de punibilidad oscilan entre 5 años y 4 meses, el mínimo, y 13 años y 6 meses el máximo.

Valga aclarar que el sustento fáctico de la circunstancia agravante se fijó desde la imputación en el hecho de que la tortuga hicotea se encuentra catalogada como una especie amenazada, de acuerdo con la norma ambiental.

Esta calificación se mantuvo en la acusación y es la misma por la que fue absuelta en las instancias.

Es así que el monto punitivo a tener en cuenta para calcular la prescripción de la acción penal es el de 13 años y 6 meses, el cual se reduce a la mitad al haberse interrumpido el término cuando se formuló imputación – Art. 86 del Código Penal-

Así las cosas, para concluir que la acción penal perdió vigencia, debieron transcurrir 81 meses o lo que es lo mismo, 6 años y 9 meses desde la imputación, sin que se profiriera sentencia de segunda instancia, puesto que esta última actuación vuelve a interrumpir el susodicho término –Art. 189 de la Ley 906 de 2004-.

Sostiene que desde la fecha de formulación de imputación - 31 de marzo de 2012- al momento en se emitió fallo de segundo grado -3 de noviembre de 2016-, transcurrió un tiempo inferior al de la prescripción de la acción penal para el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales agravado – 6 años 9

meses-, los cuales se cumplirían el 31 de diciembre de 2018, de no haberse proferido fallo de segundo grado con anterioridad, puesto que a partir de allí se vuelve a contabilizar el término, el cual no puede superar los 5 años.

Como se observa, la acción penal contra la acusada se encuentra vigente, motivo por el que seguidamente la Corte emitirá pronunciamiento de fondo respecto de los reparos promovidos por la parte demandante, entiéndase Secretaria Distrital de Ambiente.

2. Los cargos

Teniendo en cuenta que los dos reparos propuestos guardan identidad temática, pues corresponden a la violación directa de la norma por indebida interpretación del delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales incluida su circunstancia agravante, serán resueltos conjuntamente.

2.1. En orden a delimitar el objeto de debate corresponde resumir someramente los argumentos del Tribunal para mantener la absolución a favor de YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ.

Es así que el *ad quem* sostuvo que el delito en cuestión es un tipo de peligro, lo cual implica que «*no requiere para su consumación un daño para el interés jurídico tutelado de los recursos naturales y el medio ambiente, sino que basta para tal cometido la sola puesta en riesgo a su indemnidad*».

Afirmó el *ad quem* que «*en el caso en examen no ofrece ninguna duda, a tal punto, que está sustraída de controversia en*

la sustentación del recurso, la real ocurrencia de la conducta imputada, su adecuación al tipo penal definido en el artículo 328 de la Ley 599 de 2000, así como su ejecución por parte de la procesada».

Luego de aludir a una serie de normas ambientales, sostiene que la especie incautada a la procesada, está clasificada en el último nivel de amenaza, *«de manera que su peligro de extinción se determina esencialmente por razón de dicho status. Ello sin que esta conclusión implique, obviamente, que la tortuga hicotea no sea objeto de protección en relación con el bien jurídico, cuya tutela se pretende con el tipo penal imputado, por el contrario, tal condición surge precisamente de la aludida categorización».*

Resalta que aun tratándose de un delito de peligro abstracto, ello no releva al fallador de determinar la lesividad del comportamiento, la cual se establece a partir de tres aspectos, a saber: (I) Según la clasificación en la que se encuentre el animal; (II) La cantidad del recurso fáunico sobre el que recayó la conducta; (III) El modus operandi del sujeto activo.

En la sentencia recurrida se hace una distinción entre la antijuridicidad formal y la material con el fin de resaltar que esta última *«es la llamada a medir el desvalor de acción y de resultado determinando la gravedad o dañosidad social del injusto cometido y es precisamente en este punto en el cual la Fiscalía y el apoderado de víctimas confunden el daño material causado efectivamente por el sujeto activo con el daño o peligro generado para el bien jurídicamente tutelado».*

Precisa el Tribunal: *«De acuerdo con lo argumentado, mientras que el primero de tales factores constituye un criterio atípico, dado que el legislador no estableció una cantidad específica de objeto material para la configuración del injusto, de manera que resulta igual de ilícito el transporte de una o varias especies silvestres sin el permiso administrativo correspondiente, el segundo de tales parámetros evalúa el daño causado en términos de antijuridicidad material. Así por ejemplo, será sustancialmente más dañina, injusta y, por ello penalmente relevante, la caza o el transporte ilícito de un pez sierra en estado de peligro crítico, que la de una tortuga hicoitea en estado de vulnerabilidad. Lo anterior, se repite, debido a que el bien jurídico protege el equilibrio de los ecosistemas y éste variará proporcionalmente según la relación entre cantidad y estado de peligro».*

En criterio del fallador el comportamiento de la acusada es insignificante si en cuenta se tiene que el consumo de tortuga para la época de Semana Santa asciende a 13.644 ejemplares, mientras que DELGADO GONZÁLEZ transportaba tan solo tres individuos. Además porque la acción de transportar respecto de la caza y destrucción del hábitat de la especie protegida, no se traduce en un riesgo para el ecosistema.

Aludiendo a postulados como la *última ratio* y al principio de fragmentariedad, según el cual el derecho penal solo puede aplicarse a los ataques más graves a los bienes jurídicos, también al principio de proporcionalidad de la pena, el Tribunal considera que la responsabilidad de la procesada no se enmarca dentro del ámbito del derecho penal, puesto que existen otros controles de carácter administrativo que son menos gravosos.

Concluye el sentenciador que *«estos principios en forma simultánea con la antijuridicidad material resulta neurálgico para los eventos en los cuales la estructura típica y el injusto administrativo son idénticos. Ello, no solo justifica la diferenciación de los regímenes jurídicos aplicables, sino que fundamenta y garantiza la justa administración de justicia con procura siempre de la proporcionalidad entre la acción cometida y la sanción impuesta. Así en estos casos le corresponderá al ente acusador, no solo limitarse a demostrar el cumplimiento de los requisitos objetivos del tipo penal, sino el daño o peligro efectivos para el bien jurídico protegido, que debe representar un plus diferenciador entre la falta administrativa y el delito. En ese orden de ideas, el comportamiento desplegado por la procesada no amerita ser objeto de persecución penal. Ello no quiere decir de ninguna manera que dicha conducta no deba ser sujeto de un reproche social, pero sí quiere decir que no resulta penalmente relevante».*

2.2 Del principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto

Sobre los delitos de peligro abstracto, como el porte de estupefacientes, la Sala de Casación Penal, ha adoptado el criterio según el cual, la presunción de afectación al bien tutelado en este tipo de comportamientos, no puede ser de derecho sino *iuris tantum*. (CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 41760).

En reciente decisión y siguiendo su jurisprudencia, sostuvo la Corporación:

«Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en

su propia jurisprudencia¹, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta».

Ahora bien, en los delitos contra el medio ambiente, muchos de los cuales se pueden catalogar como de peligro abstracto, se propende por la protección de un bien jurídico inmaterial supraindividual como es el derecho de la comunidad a contar con un ambiente sano que permita el adecuado desarrollo de las personas en un entorno respetuoso de los recursos naturales como la flora y la fauna y de elementos como el agua, el aire y el suelo.

El interés que tutelan las normas que criminalizan conductas que atentan o ponen en riesgo el medio ambiente, va en función no solo de la preservación de la calidad de vida y la salud de las personas y la adecuada utilización de los recursos naturales, sino en la conservación y mejoramiento del ecosistema mismo, como aquel espacio en que naturalmente tiene lugar la vida.

Como se observa, el concepto de medio ambiente es realmente difuso, motivo por el que en materia penal debe restringirse a efectos de delimitar el ámbito de protección que posibilita la configuración del injusto; es así que dicho concepto en el contexto del derecho punitivo puede fijarse a partir de una visión antropocéntrica, es decir que los atentados o acciones riesgosas contra ese bien jurídico adquieren relevancia, siempre que tengan relación con la conservación de la vida y salud

¹ [f]rente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.»: CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21064.»

humanas. No obstante, el reciente crecimiento y rango de importancia del derecho ambiental conduce a la ampliación de ese referente –antropocentrismo– para ser reemplazado por la necesidad de proteger el equilibrio de los ecosistemas naturales.²

En la actualidad puede hablarse de una política criminal medio ambiental originada en la propia Constitución, al señalar su artículo 80 que el Estado *«deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados»*.

Sin embargo el interés del Estado en contemplar dentro de su ordenamiento jurídico normas en defensa del medio ambiente, no se remonta a la Constitución de 1991. En el año 1974 se expidió el Decreto Ley 2811 conocido como Código Nacional de Recursos Naturales; existe también la Ley 17 de 1981, aprobatoria de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, suscrita en Washington, D.C. el 3 de marzo de 1973.

La citada convención comporta un elemento de protección internacional del medio ambiente frente al cual el Estado colombiano se encuentra comprometido a propender porque en el territorio colombiano se hagan efectivas sus finalidades, establecidas así:

*«Reconociendo que la fauna y la flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras;
Conscientes del creciente valor de la fauna y flora silvestres desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico;*

² <http://criminet.urg.es./recpc>. SESSANO Goenaga, Javier Camilo. La protección penal del medio ambiente. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2002

*Reconociendo que los pueblos y Estados son y deben ser los mejores protectores de su fauna y flora silvestres;
Reconociendo además que la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de fauna y flora silvestres contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional;
Convencidos de la urgencia de adoptar medidas apropiadas a este fin;»*

En coherencia con el compromiso de protección al medio ambiente, también se suscribió el Convenio Sobre Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, insertado al orden jurídico nacional a través de la Ley 165 de 1994, declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-519 de 1994.

Por la misma senda, en el año 2009 a través de la Ley 1333, se fijaron las reglas de procedimiento para sancionar a los infractores de las normas que propenden por el medio ambiente, cuya constitucionalidad de varias de sus disposiciones fue estudiada en las sentencias C-595 de 2010 y C-219 de 2017.

En la primera de estas decisiones se catalogó a la Carta de 1991 como una «*Constitución Ecológica*», así lo expresó el máximo Tribunal Constitucional:

«La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado [...] que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "Constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente».

En el segundo pronunciamiento, -C-219 de 2017- fijó un amplio marco teórico en punto de la protección del medio ambiente, identificando los instrumentos internacionales que regulan las relaciones entre los Estados en materia ecológica: (artículo 226 superior):

Entre los instrumentos internacionales que se han expedido y buscan garantizar un ambiente sano pueden destacarse:

i) La Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas de 1972. Proclama que el hombre es obra y artífice del medio que lo rodea. Establece principios que hacen énfasis en la necesidad de que los ecosistemas naturales deban preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación según convenga (principio 2), evitando que la contaminación con sustancias tóxicas u otros materiales causen daños graves e irreparables a los ecosistemas. Dispone que debe confiarse a instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar (principio 17) la utilización de los recursos ambientales con miras a mejorar la calidad del medio. Añade que la planificación racional (principio 14) constituye instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio.

ii) La Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982. Consciente de que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; convencida de que toda forma de vida es única y reconociendo a los demás seres vivos su valor intrínseco, el ser humano habrá de guiarse por un código de acción moral; proclamó el respeto por la naturaleza y la no perturbación de sus procesos esenciales; la no amenaza de la viabilidad genética de la tierra, la población de todas las especies, silvestres y domesticadas; el deber de los Estados y las empresas de cooperar en la tarea de conservar la naturaleza.

Establece el deber de asegurar la disponibilidad de los medios financieros, los programas y las estructuras administrativas necesarios para alcanzar los objetivos de la conservación de la naturaleza (punto 17). Igualmente, los Estados y, en la medida de sus posibilidades, las demás autoridades públicas, las organizaciones internacionales, los particulares, las asociaciones y las empresas: a) cooperarán en la tarea de conservar la naturaleza con actividades conjuntas y otras medidas pertinentes, incluso el intercambio de información y las consultas; b) establecerán normas relativas a los productos y a los procedimientos de fabricación que puedan tener efectos perjudiciales sobre la naturaleza, así como métodos para evaluar dichos efectos; c) aplicarán las disposiciones jurídicas internacionales pertinentes que propendan a la conservación de la naturaleza o a la protección del medio ambiente; d) actuarán de manera tal que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no causen daño a los sistemas naturales situados en otros estados ni en los espacios ubicados fuera de los límites de la jurisdicción nacional; e) Salvaguardarán y conservarán la naturaleza en los espacios que estén más allá de los límites de la jurisdicción nacional (punto 21).

iii) Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987, firmado por 196 participantes.

iv) La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992. Reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la tierra, declaró que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible; debe garantizarse la participación de todos los ciudadanos interesados; han de promulgarse leyes eficaces en esta materia; y reconoce que los pueblos indígenas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente.

Señala dicha Declaración que a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente debe constituir parte importante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. Anota que los Estados deben cooperar con espíritu de solidaridad mundial (principio 7) para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra. Establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos (principio 10), permitiéndoles informarse sobre las decisiones de las autoridades y facilitándoles el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y recursos pertinentes. También resalta el papel del legislador en este campo, al señalar que los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre medio ambiente (principio 11) las cuales deben reflejar el contexto al que se aplican. Así mismo, pone de presente la necesidad de emprender una evaluación del impacto ambiental en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad que haya de producir un efecto negativo en el medio ambiente (principio 17). Igualmente, pone de relieve el papel que los pueblos indígenas y sus comunidades locales desempeñan en la ordenación del medio ambiente (principio 22), por lo que los Estados deben reconocer y apoyar su identidad, cultura e intereses y velar porque participen efectivamente en el logro del desarrollo sostenible.

*v) **La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992.** Pretende lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias peligrosas en el sistema climático.*

*vi) **El Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 1997.** No introduce nuevos compromisos para las partes sino que persigue reafirmar los existentes y continuar con la implementación.*

*vii) **Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000.** Con el cambio de milenio, los países se comprometieron con una nueva alianza estableciendo ocho metas conocidas como los Objetivos de Desarrollo del Milenio, cuyo plazo de vencimiento está fijado en principio para el 2015. El Objetivo 7 denominado “Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente”, parte del cumplimiento de cuatro metas específicas: incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales, y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente; reducir y frenar la pérdida de diversidad biológica en 2010; reducir a la mitad, para el 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento; y mejorar considerablemente, en el 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales.*

*viii) **Acuerdo de Copenhague de 2009,** que busca limitar la subida de la temperatura, reducir las emisiones y obtener la financiación para poner en marcha iniciativas en los países en desarrollo a fin de combatir el cambio climático.»*

Dentro del deber de protección del medio ambiente nuestra Corte Constitucional ha incluido como uno de los varios mecanismos para tal fin, el ejercicio del poder sancionador del Estado a través de la acción penal:

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

Se trata en esencia, de un poder de sanción, que lejos de ser discrecional es eminentemente reglado, sobre todo en lo que refiere a la garantía del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Incluso los pronunciamientos reiterados de la Corte han destacado que cualquier medida sancionatoria debe estar sujeta a los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, juez natural, inviolabilidad de la defensa y non bis in ídem³.

Lo anterior porque el medio ambiente ha sido elevado a la categoría de bien jurídico constitucionalmente protegido:

«en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección».⁴

También como derecho colectivo:

En su reconocimiento general como derecho, la Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (C.P. art. 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (C.P. art. 88). La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, “ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de ‘tercera generación’, sino que se

³ Corte Constitucional, sentencia C-259 de 2016

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-632 de 2011.

le deben incluso a las generaciones que están por nacer”, toda vez que “[l]a humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho”⁵

Como manifestación de la protección al bien jurídico del medio ambiente el código penal sustantivo desarrolla un título completo de conductas punibles atentatorias contra los recursos naturales y el medio ambiente -bien jurídico de carácter colectivo-, muchas de las cuales son tipos de peligro abstracto que por lo mismo generan dificultad a la hora de predicar la antijuridicidad de la conducta en los términos que impone el principio de lesividad previsto como norma rectora en el artículo 11 del estatuto represor.

Al margen de que el legislador pueda elegir a su arbitrio cuando criminaliza una determinada conducta -libertad de configuración normativa- por considerar que la sanción penal es el instrumento más disuasivo en la defensa de intereses superiores del colectivo social, de todas formas al juez le corresponde identificar el bien jurídico, la lesión que se le produjo o la magnitud del riesgo al que fue sometido y no solo el desconocimiento de la prohibición o mandato.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en el siguiente sentido, al analizar la adecuación con la Carta Política de algunas normas del Código Nacional de Minas y sus repercusiones frente al derecho al medio ambiente sano:

En conclusión, aun cuando es amplio el margen de libertad de configuración del legislador en materia penal, su ejercicio se debe canalizar a través de varios principios que buscan realizar valores superiores y dotar de contenido a un sistema que debe tener una clara

⁵ *Ibídem.*

visión humanista. Por ello, si bien al juez constitucional no le es posible cuestionar la conveniencia o no de una política o decisión punitiva, sí debe asegurarse de que por medio se encuentre un verdadero daño frente a un bien jurídico esencial para la sociedad, que la tipificación responda al carácter subsidiario y de ultima y extrema ratio del derecho penal, y que ello obre dentro de la operatividad de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.⁶

La Sala de casación penal, con una visión constitucional del tema, se ha ocupado de los delitos de peligro presunto, privilegiando el principio de lesividad. En CSJ SP, 28 nov. 2007, rad.27650, decisión en la que a su vez se cita CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21064, al respecto sostuvo:

Es bien sabido que el artículo 4° del Decreto 100 de 1980, al ocuparse de la antijuridicidad, señalaba que “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.”

*De acuerdo con esa previsión legislativa, en la que no se aprecia ningún requerimiento acerca del grado de afcción del interés protegido por la norma penal, y con abstracción de los valores que respecto de la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales se desprenden de la Constitución, **podía aducirse que en relación con los delitos de peligro abstracto o indirecto, como también los conoce la doctrina, nada diferente importaba a constatar la conducta supuestamente generadora de riesgo**, esto es, en el caso del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que un elemento de tales características se llevara consigo o al alcance, sin contar con permiso de la autoridad militar competente.*

Así parece que fue el entendimiento que se le fijó, en cuanto a la naturaleza del peligro, en el pronunciamiento de esta Corte que el censor cita:

(...)

El anterior criterio no es suficiente para ser reiterado frente al problema propuesto en el libelo, porque como es posible advertir, en ese pronunciamiento se traslada del momento de selección legislativa de los riesgos para prevenir por medio de la creación de delitos afectaciones o peligros a intereses jurídicos, el cual, desde luego, se halla dentro de la órbita de libertad de configuración del organismo legislativo, al de valoración judicial de la conducta, para dejar entrever que en la especie de delitos de peligro abstracto es indiferente la mayor o menor exposición

⁶ Sentencia C-259 de 2016

del bien jurídico, y que basta que la amenaza sea abstracta o presunta por ministerio de la ley para que aflore el juicio de desvalor, criterio que deja al margen el principio de lesividad.

Ahora es conveniente aclarar tal perspectiva, pues una cosa es que se encuentre ajustado a la Constitución que el legislador consagre delitos de peligro abstracto para precaver eventuales daños a bienes jurídicos, en virtud de la gigantesca magnitud de la interferencia comunicativa –o el entrecruzamiento de multiplicidad de relaciones, para expresarlo de otro modo- entre los individuos que componen la sociedad de hoy, y otra muy diferente que el juez se abstenga de examinar la relevancia social de la conducta con referencia a la tensión de los bienes jurídicos en juego, bajo el prurito de que el órgano legislativo quiso llevar la protección a estadios muy prematuros, lo cual no le es admisible porque constituye imperativo categórico constitucional que verifique si una conducta específica causó daño o generó efectivo peligro al bien jurídico protegido.

Además, es preciso tener en cuenta que el antecedente que en la sentencia acabada de citar se trajo a colación, respondía a una sistemática interpretativa diferente basada en puros criterios intrasistemáticos, sin referencia al orden constitucional imperante, el de la Carta de 1886 y que, por consiguiente, no repelía el juzgamiento de delitos sin daño o sin creación o incremento efectivo de peligro.

(...)

Lo anterior no envuelve una graciosa o desenvuelta concesión, pues al exigir el precepto mencionado –artículo 11 del Código Penal- que se requiere que la conducta típica lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal, armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés.

Puede aducirse, además, una consideración de orden semántico. Si lo efectivo es, según el Diccionario de la lengua Española, lo “Real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal”, es válido entender que cuando el artículo 11 en cita exige, para configurar la antijuridicidad de un comportamiento típico, la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado, hace referencia a que el riesgo que en abstracto previó el legislador al emitir el tipo penal se verificó de modo real y verdadero.

De esa forma el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado, hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo

comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporoespacial diferente.” (Negrilla fuera del texto original)

El legislador del año 2000, se preocupó por mantener como norma expresa, -al igual que lo hacía el Código Penal de 1980, art. 4º- el principio de lesividad como criterio orientador del poder punitivo del Estado, dada su necesaria relación con la protección de bienes jurídicos. Es así que en la ponencia para segundo debate en la plenaria de la Cámara del proyecto de ley que luego se convirtió en el actual Código Penal, sobre los delitos de peligro abstracto, se indicó:

*«El principio político criminal de lesividad, que dogmáticamente resulta aprehendido por la antijuridicidad material, guarda la denominación tradicional que viene desde el Código Penal actual, puesto que, ya no aparece como un mero referente para la construcción de la dogmática, sino que trasluce en sus propias categorías con efectos sustanciales. Queda fortalecido con la introducción de la expresión “efectivamente” en cuanto a la afectación del bien jurídico, **lo cual obliga a replantear la discusión en torno a la existencia y efectos de la admisión de la categoría de los delitos de peligro presunto, precisando también que aquel debe ser entendido desde la perspectiva de los bienes que protege el derecho penal**»* (Resaltado fuera de texto original)

En similar sentido se señaló en la ponencia para primer debate ante la Comisión Primera del Senado:

*Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de **abandonar la llamada presunción “iuris et de iure” de peligro consagrada en algunos tipos penales**. Se clarifica que el interés jurídico protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación.* (Resaltado fuera del texto original)

En síntesis, la antijuridicidad material en los delitos de peligro no se sustenta en una presunción de derecho, sino que en cada caso habrá de establecerse el riesgo que determinado

comportamiento representa para el bien jurídico, dadas sus circunstancias particulares.

2.3 Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

Este comportamiento delictivo, junto con otros más, fue insertado en el ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 599 de 2000, encaminado a la protección de un interés difuso como el medio ambiente, cuyos titulares son todos los habitantes del territorio nacional y las generaciones futuras a las que debe respetárseles el derecho a gozar de un medio ambiente sano, lo que implica que el hábitat no sea destruido por las generaciones actuales⁷.

El objetivo de este tipo penal se orienta a evitar que la explotación de animales, plantas, recursos hidrobiológicos o genéticos propios de la biodiversidad nacional, se constituya en una amenaza para su subsistencia, cuando quiera que la adquisición de esos recursos implique una alteración importante de su hábitat que pueda llevarlos a la extinción.

El ilícito en cuestión se refiere principalmente al comercio y tráfico sobredimensionado de especies o sus productos derivados, que debido al riesgo real para su sostenimiento, ha generado la preocupación de la comunidad internacional, dando lugar a una serie de normas a las que se someten los Estados como compromiso para la protección de los recursos naturales,

⁷ Ponencia para segundo debate del proyecto de ley del Código Penal de 2000 en la plenaria de la Cámara de Representantes

al igual que a la adopción de leyes internas que persigan el mismo propósito.

El texto original del proyecto de Código Penal puesto a consideración del legislador de 2000, consagraba como punible el «*Ilícito aprovechamiento de los recursos biológicos*», cuyo objeto de reproche es el «*desconocimiento o incumplimiento de las autorizaciones dadas por los funcionarios administrativos competentes que dan lugar a la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado*»⁸

El texto del proyecto se redactó como sigue:

Art. 316. Ilícito aprovechamiento de los recursos biológicos.-El que sin autorización emitida por la autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente, explote, transporte, distribuya, comercie, trafique o se beneficie de los recursos faunísticos, forestales, florísticos o hidrobiológicos del país, en cuantía superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará hasta en una tercera parte, si la conducta anterior se realiza sobre especie en vía de extinción o pone en peligro la conservación de las aguas.

El texto aprobado fue el siguiente:

ARTÍCULO 328. ILICITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. *El que con incumplimiento de la normatividad existente, introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de hasta diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

⁸ Ponencia para primer debate ante la Comisión Primera de Senado.

El cambio frente al texto inicial fue explicado por el legislador en razón a que el objeto material de las conductas descritas no son los recursos fáunicos, forestales, florísticos etc, en sí mismos, sino los especímenes, productos o partes de ellos y solo aquellos que se encuentren en vía de extinción, ya que no todo aprovechamiento de los recursos naturales puede ser calificado como delito.

También se justificó la criminalización de estos comportamientos, en la necesidad de castigar los graves atentados contra los recursos naturales y utilizar la sanción penal como un instrumento disuasivo, pedagógico y represor de la conducta.

Así se indicó en la ponencia para primer debate en la comisión primera de la Cámara de Representantes:

Incluir todo tipo de aprovechamiento como ilícito punible penalmente resultaría excesivo. Es preciso prever como lo hace la Ley 491 de 1999 que se tipifique esta conducta cuando recae en especies en vía de extinción.

Las sanciones penales se deben utilizar únicamente en materia de graves atentados a los recursos naturales. Las conductas que se penalicen deben ser muy específicas, concretas y diferenciadas para evitar ambigüedades y sobre todo para mantener el efecto disuasivo que debe tener la sanción penal.

Los instrumentos normativos sancionadores ya que se apliquen por la vía administrativa o por la vía penal, buscan no simplemente reprimir una conducta, como reacción al daño o peligro de daño que se haya causado al ambiente, a sus componentes y a través de ellos, o a otros bienes jurídicos como la salud y la vida humana.

En materia ambiental, la sanción penal y administrativa debe tener como objetivo la modificación de conductas mediante la persuasión y la educación y no solo la represión. En tal sentido, el instrumento penal, debe ser más un esfuerzo disuasivo pero excepcional, que se ponga en acción cuando los mecanismos administrativos de defensa y protección del medio ambiente que deben aplicar las entidades ambientales dotadas con funciones policivas, no sean suficientes.

El tipo penal descrito en el artículo 328 del Código Penal fue modificado por la Ley 1453 de 2011, «*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*», que agregó como circunstancia de agravación punitiva el hecho de que la conducta recaiga sobre especies amenazadas, en riesgo de extinción o de carácter migratorio, raras o endémicas del territorio colombiano.

Esta circunstancia, antes de la citada modificación, pertenecía a la descripción típica del comportamiento, es decir, que para incurrir en la conducta de «*Ilícito aprovechamiento de recursos naturales*», en lo que se refiere a flora y fauna, ésta debía recaer sobre especies amenazadas o en vía de extinción.

Ahora con la nueva normativa, el simple hecho de aprovecharse ilícitamente –sin contar con autorización– de los especímenes, productos, o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísiticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana, agota el tipo penal, el cual se agrava cuando los mencionados recursos corresponden a especies amenazadas en riesgo de extinción o de carácter migratorio.

Esta categorización implica la remisión a normas de carácter administrativo que definan cuáles son las especies o recursos que corresponden a cualquiera de esas clases.

Como se observa en los antecedentes normativos del precepto que eleva a delito la conducta de ilícito aprovechamiento de recursos naturales, para el legislador la trasgresión al interés

tutelado se satisface cuando el infractor carece del permiso administrativo que le permita realizar cualquiera de las acciones descritas en el tipo penal, en donde la función de la pena que se privilegia es la de prevención general negativa debido al efecto disuasivo, que a no dudarlo, produce la sanción de carácter punitivo.

Bajo tal perspectiva, lo que genera la lesividad de la conducta es el desvalor de la acción, el cual radica en la desobediencia al mandato que impone solicitar permiso al órgano administrativo para apropiarse, introducir, explotar, transportar, mantener, traficar, comerciar, explorar, aprovechar, o beneficiarse de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana.

Tal forma de concebir el injusto, en últimas, se traduce en una presunción de derecho sobre la antijuridicidad material del comportamiento, puesto que se asume el peligro para el bien jurídico y en esa medida, solo resulta necesario acreditar que el agente carecía de permiso para incurrir en cualquiera de las acciones que contempla el tipo penal o que las ejerció sobre especies catalogadas como amenazadas, endémicas, en extinción, migratorias o raras.

Aunque ésta haya sido la justificación del legislador para criminalizar comportamientos como el analizado, en todo caso es al juez a quien corresponde verificar que la responsabilidad penal se sustenta en principios como el de lesividad y culpabilidad; por tanto, así se trate de delitos ambientales de peligro abstracto se requiere verificar que la explotación de la especie protegida está

sobredimensionada, de forma que cada acción, individualmente considerada, pone en riesgo su hábitat, y de contera su supervivencia.

Caso concreto

En el asunto que motiva el presente pronunciamiento se trata de la movilización desde la costa atlántica a la ciudad de Bogotá, de un subproducto de tortuga hicotea –carne- que implicó el sacrificio de por lo menos tres especímenes.

De acuerdo con el testimonio rendido por Sonia María Rojas, profesional de fauna adscrita a la Secretaría Distrital de Ambiente, está prohibido el aprovechamiento de especies en estado vulnerable, de amenaza o peligro de extinción, ello de acuerdo con la Resolución 383 de 23 de febrero de 2010 del Ministerio de Ambiente, *"Por la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se toman otras determinaciones"*.

En dicha normativa en su artículo primero incluye la especie incautada a YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ como amenazada:

ARTICULO PRIMERO. Declarar como "especies amenazadas" en el territorio nacional, las siguientes especies silvestres:

NOMBRE CIENTIFICO	NOMBRE COMUN	CATEGORIA DE AMENAZA
(...)	(...)	(...)
<i>Rhinoclemmys diademata</i>	<i>Inguensa</i>	VU [vulnerable]
<i>Trachemys scripta ca.ornata</i>	<u>Hicotea</u>	VU [vulnerable]

(...)

En ese orden, la acción desplegada por la acusada ni siquiera es permitida por la autoridad administrativa, ya que no pueden concederse autorizaciones para ejercer cualquier actividad que implique el aprovechamiento de una especie vulnerable, amenazada o en peligro de extinción, siendo la tortuga hicatea, una especie catalogada como en estado de amenaza de acuerdo con la norma administrativa mencionada, la cual a su vez remite a la Ley 1330 de 2009 que regló el proceso sancionatorio por afectaciones al medio ambiente, en cuyo artículo 7, parágrafo, precisa el concepto de especie amenazada así:

“Se entiende por especie amenazada, aquella que ha sido declarada como tal por tratados o convenios internacionales aprobados y ratificados por Colombia o que haya sido declarada en alguna categoría de amenaza por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.”

El objeto de reproche en el delito descrito en el artículo 328 del Código Penal, cuando la conducta se agrava por concurrir la circunstancia descrita en el inciso segundo, no se soporta en la carencia de autorización para ejercer cualquiera de las actividades sobre los recursos naturales que contempla el inciso primero del citado precepto, ya que bajo ninguna circunstancia es permitido su aprovechamiento.

La reprobación de la conducta se funda en el riesgo real que representa esa acción sobre recursos naturales catalogados, cuando menos, en un estado vulnerable. En caso de que la conducta no sea agravada, es decir que el acto de aprovechamiento recaiga sobre recursos naturales renovables **no** categorizados como amenazados, en riesgo de extinción o de

carácter migratorio, raro o endémico del territorio colombiano, el reproche radica en la falta del permiso o autorización de la autoridad administrativa para la explotación del recurso.

En tal medida, el aprovechamiento de recursos naturales incluidos dentro de las categorías referidas en el inciso segundo del artículo 328 del Código Penal, es por sí solo delictivo, y llega a representar consecuencias penales, a raíz del peligro que implica esta conducta para la continuidad y preservación del recurso.

En el asunto presente, la experta en fauna de la Secretaría de Ambiente, explicó que la cacería de tortugas hicoteas implica la quema de las ciénagas en las que ellas habitan, para obligarlas a salir de sus nidos, lo cual genera un grave daño para el ecosistema y una disminución drástica de esa especie animal. Descartó que los especímenes hallados en poder de la acusada, hubieran podido salir de un criadero, ya que ese tipo de actividad –crianza de tortugas- también está prohibido, pues configura un acto de aprovechamiento ilícito de los recursos ambientales.

En el informe sobre el estado de conservación de la tortuga hicotea, rendido por la Subdirectora de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre de la Secretaría Distrital de Ambiente, Carmen Rocío González Cantor, el cual fue objeto de estipulación probatoria, se indica que esta especie *«enfrenta un riesgo alto de extinción en estado silvestre»* y que *«el colapso de gran parte de las poblaciones colombianas de hicoteas se atribuye a la explotación comercial para el consumo humano, ya que durante la temporada de cuaresma se sacrifican miles de hembras preñadas en la costa*

atlántica, especialmente en los departamentos de Bolívar, Cesar, Córdoba y Sucre».

No cabe duda, entonces, acerca de que los actos masivos de explotación o aprovechamiento de la especie tortuga hicoitea, de acuerdo con la prueba técnica aportada al juicio, esto es, los conceptos de la autoridad ambiental sobre el aprovechamiento de la especie y el alto riesgo de pasar de amenazada a especie en vía de extinción de tolerarse conductas como la enrostrada a la procesada, sí ocasionan un daño real al medio ambiente, puesto que conllevan a la destrucción del ecosistema en que habitan y a una significativa reducción de su población, que de no controlarse, puede llevarlas a desaparecer.

Empero surge la pregunta acerca de si una acción de tal envergadura, valorada individualmente, comporta un riesgo o peligro relevante para la supervivencia de la especie que merezca ser reprochada penalmente. La respuesta debe ser afirmativa.

De acuerdo con los conceptos emitidos por las expertas de la Secretaria Distrital de Medio Ambiente, el aprovechamiento de la tortuga hicoitea se realiza con el fin de que su carne sea consumida por las personas que en época de cuaresma y por razones religiosas, se abstienen de comer carne roja, lo cual conlleva al sacrificio en su mayoría de hembras preñadas, pues la fiesta religiosa coincide con el periodo de reproducción de la especie.

Es decir, el sacrificio de un solo ejemplar de una especie amenazada, impide que otros ejemplares nazcan y aumenten la población, cuya importante reducción es lo que conllevó a que

hayan sido consideradas como una especie «*amenazada*» y, por tanto, objeto de protección por la vía penal ante el riesgo cierto que representa para el ecosistema la destrucción de su hábitat seguida del sacrificio de la especie, con independencia de su cantidad, pues la preservación de una sola de esas tortugas garantiza la supervivencia de otras más y, por tanto, el incremento de su población.

En este asunto, la acusada ejerció un acto de ilícito aprovechamiento de este recurso fáunico, en la modalidad de transportar, ya que provenía del departamento de Bolívar con carne de al menos tres de esos animales. Este hecho significó la muerte de los ejemplares de esa especie que habrían podido garantizar la existencia de muchos más, con lo cual se incrementó el peligro de extinción de su población. Si bien, no se probó que YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ hubiera tomado parte en la cacería y sacrificio de tales especímenes, sí hizo parte de la cadena que siempre concluye en el consumo de la carne del animal por los seres humanos.

Además de lo anterior, la procesada era conocedora del elemento que transportaba porque así se lo manifestó al policial que la interceptó en la terminal de transportes, cuando afirmó que traía esa carne para un familiar suyo en la ciudad de Bogotá, es decir, conocía el hecho y quería su realización.

Como se observa, el comportamiento de la acusada es típico y también antijurídico, esto último, tanto en sentido formal, como material, de allí que concurra en el fallo de segunda instancia el error denunciado en la demanda consistente en la interpretación equivocada del artículo 328 del estatuto represor junto con su

circunstancia agravante, ya que en manera alguna el tipo penal exige que para afirmar la lesividad de la conducta, el recurso fáunico afectado tenga que corresponder a un número determinado de individuos de la especie, como lo concluyó el Tribunal al interpretar la norma, fijando tal circunstancia como presupuesto para la antijuridicidad de la conducta.

De aceptarse la tesis del *ad quem* el bien jurídico quedaría huérfano de tutela penal y no podrían protegerse recursos naturales en riesgo de extinción o grado de amenaza, cuando su aprovechamiento derive de comportamientos cometidos en menor escala por personas no dedicadas al tráfico de flora y fauna o de recursos biológicos o genéticos de la biodiversidad nacional, ya que siempre se considerarían insignificantes al no concurrir elementos como la utilidad comercial y su explotación en grandes proporciones.

Piénsese por ejemplo que bajo la óptica propuesta por el fallador de segundo grado, no constituirá delito la conducta de quien adquiere una piel de animal en peligro de extinción o estado de amenaza para exhibirla en su casa o para utilizarla como accesorio; o se hace a su carne para darse un banquete; o adquiere el espécimen para tenerlo como mascota, puesto que no actúa motivado por un fin comercial y solo se trata de una unidad.

En ese orden, el riesgo o peligro para el bien jurídico, se configura con el aprovechamiento así sea de un solo individuo, dada su categorización de especie amenazada, en peligro de extinción, migratoria, rara o endémica por los efectos que ello acarrea en la mengua de la población.

No obstante el error de interpretación normativa por parte de la sala mayoritaria del Tribunal, la Corte concluye que se debe mantener la absolución en favor de DELGADO GONZÁLEZ.

En efecto, al estudiar la culpabilidad de la acusada frente a la conducta típica descrita en el artículo 328 del estatuto represor, la cual, no se discute, causó una lesión al bien jurídico del medio ambiente, la Corte encuentra que no se acreditó el conocimiento de aquella sobre la antijuridicidad de su comportamiento, ya que más allá de lo señalado por las funcionarias de la secretaría de ambiente acerca de las campañas publicitarias que se han desarrollado para desestimular el consumo de la tortuga hicotea en la región de donde es oriunda YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ, no se allegó prueba para demostrar que en la situación específica, ésta tuviera conciencia acerca de que su comportamiento era dañoso para el medio ambiente y que el transporte de tres individuos de esta especie implica un riesgo real para la supervivencia de la tortuga hicotea.

La política pública dirigida a desincentivar el aprovechamiento de la referida especie, no releva la necesidad de acreditar el conocimiento potencial de la antijuridicidad de la conducta como elemento propio de la culpabilidad; a lo sumo, lo que indica el informe de la Secretaria del Medio Ambiente, es que la comunidad ha recibido el mensaje acerca de que la tortuga hicotea es una especie protegida; empero tal circunstancia no es demostrativa de la conciencia de cada individuo acerca de que actuaciones como la desplegada por la procesada o cualquier otro acto de aprovechamiento de la especie ejecutado de forma aislada

y en menor escala, constituye un riesgo inminente que amenaza la subsistencia del recurso fáunico en mención.

Aquí corresponde precisar que, a diferencia de la presunción de culpabilidad que opera en el proceso sancionatorio ambiental⁹, donde ya se impuso una pena pecuniaria a YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ, en el proceso penal la culpabilidad tiene que demostrarse a través de la acreditación de los elementos que la componen, esto es, la imputabilidad del sujeto, el conocimiento potencial de la antijuridicidad de la conducta y que el agente estaba en condiciones de adecuar su comportamiento conforme a derecho.

Así las cosas, en las particulares circunstancias en las que se ejecutó el hecho, es insuficiente probar que la conducta está prohibida por la ley penal, al tiempo que asumir que el infractor es conocedor de los efectos nocivos para el bien jurídico, pues ninguna diferencia habría entre los elementos que dan lugar a la responsabilidad en el proceso administrativo ambiental sancionatorio y aquella declarada a través del ejercicio de la acción penal. Aquí se requiere demostrar la culpabilidad para poder sancionar la conducta.

Lo expuesto por la Corte brinda respuesta a la postulación del Ministerio Público que como no recurrente en la audiencia de sustentación del recurso de casación, solicitó el reconocimiento de un error de tipo, al considerar que no se demostró que la acusada «*conocía y quería lesionar el bien jurídico*», aspecto que la delegada descarta, teniendo en cuenta que la procesada tenía

⁹ «ARTÍCULO 5o. INFRACCIONES. PARÁGRAFO 1o. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla». Esta norma fue declarada exequible en sentencia C-595 de 2010.

destinados los subproductos de la especie protegida para su consumo personal.

El error de tipo es el que recae sobre los elementos del tipo objetivo y excluye el dolo; implica la falta de representación de tales elementos, es decir, el autor desconoce que la acción que realiza constituye delito.

La propuesta de la representante de la Procuraduría, más que el reconocimiento de un error, alude a la inexistencia de dolo en la conducta de la acusada, es decir a la carencia de uno de los elementos del tipo subjetivo, cuya consecuencia sería la atipicidad del comportamiento ejecutado por YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ.

Al respecto la Sala, luego de analizar los pormenores de la situación fáctica objeto del presente pronunciamiento, concluye que la acción resulta típica tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, esto último porque la procesada conocía el hecho que estaba ejecutando y quería su realización (transporte de carne de aproximadamente tres tortugas hicoteas), solo que en el terreno de la culpabilidad, no se demostró que contara con el conocimiento potencial sobre la antijuridicidad (formal y material) de su acción que le hiciera exigible comportarse de manera diferente a como lo hizo y se lo exigía la ley.

En tal medida, la Sala reitera la falta de culpabilidad en la conducta realizada por YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ, por lo que no es posible afirmar la configuración del delito imputado.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte mantendrá incólume la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR, por las razones aquí expuestas, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 3 de noviembre de 2016. En consecuencia, adquiere firmeza el fallo absolutorio dictado a favor de la acusada YENIS PAOLA DELGADO GONZÁLEZ.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria